

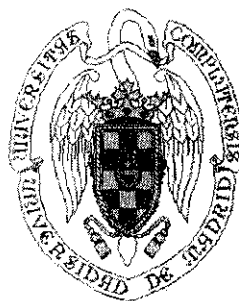
150.383



UNIVERSIDAD COMPLUTENSE



5313844762



TE

1402

**UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID
DEPARTAMENTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO**

**EL CONTROL JURISDICCIONAL CONTRA LA
INACTIVIDAD MATERIAL DE LA ADMINISTRACIÓN
PÚBLICA**

Memoria presentada por D. Alvaro Enrique Mora Espinoza para la colación del grado de Doctor en Derecho, dirigida por el Dr. D. Jesús González Pérez, Profesor Emérito de Derecho Administrativo de la Universidad Complutense de Madrid.

b 17081774

Madrid, 1998.

**EL CONTROL JURISDICCIONAL DE LA
INACTIVIDAD MATERIAL DE LA
ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**

INDICE

INTRODUCCIÓN.	2
CAPÍTULO I. CONCEPTUALIZACIÓN Y UBICACIÓN TERMINOLÓGICA.	9
I. Actividad Administrativa en la que enmarcamos los deberes estatales. Generalidades.	10
- La eficacia como parámetro de la actividad administrativa.	14
II. La inactividad material administrativa.	17
1. Una noción general de inactividad.	17
2. La inactividad u omisión material.	20
A) Conceptos atinentes al desarrollo del concepto de inactividad material: buena administración y eficacia.	20
B) Provocación de lesión.	30
- Breve referencia a la "Huida del Derecho".	35
C) Consideración dentro del concepto de inactividad: obligaciones de dar, de hacer y de no hacer.	37
D) Obligación normativa del deber de actuar (Principio de Legalidad).	39
III. La inactividad material como forma de configurarse la desviación de poder.	45
CAPÍTULO II. ANÁLISIS DE LOS DIFERENTES SUPUESTOS QUE SE DERIVAN DE LA INACTIVIDAD MATERIAL ADMINISTRATIVA.	53

I. Planteamiento.	54
II. Inactividad material en relación con la inejecución de actos administrativos propios de la administración.	55
1. Ejecución de los actos administrativos y la eficacia como elemento caracterizador.	58
2. Cuando la inejecución de los actos se debe por no compeler forzosamente a un tercero.	66
3. Control jurisdiccional existente y propuesto contra la inactividad material por inejecución de actos administrativos.	71
III. Inactividad material de la Administración Pública ante deberes o prestaciones de obrar en los supuestos de inexistencia de acto administrativo.	77
1. Planteamiento.	77
2. Gestión de Servicio Público.	78
3. Pretensión prestacional e implicación del requerimiento de acto previo.	82
4. Inactividad material de naturaleza jurídica e inactividad material <i>strictu sensu</i>	91
A) Inactividad material de naturaleza jurídica.	91
- Inactividad reglamentaria.	93
B) Inactividad material prestacional <i>strictu sensu</i>	97
a) Prestaciones materiales que requieren ejecución inmediata.	102
b) Prestaciones materiales de ejecución no urgente.	106
C) Inactividad material positiva.	107
 CAPÍTULO III. OBJETO Y PRETENSIÓN DEL RECURSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.	 110
I. Planteamiento.	111
II. El acto como objeto del proceso.	113

1. Carácter revisor de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. . . .	115
2. El acto previo y la inactividad administrativa.	118
III. Consideración de las pretensiones procesales.	123
1. Una concepción subjetiva del contencioso administrativo.	123
2. Fundamento de las pretensiones como objeto del contencioso-administrativo.	129
3. La pretensión prestacional.	134
IV. La autotutela administrativa.	137
1. El proceso declarativo.	138
2. El proceso constitutivo o ejecutivo.	141
V. El tratamiento del objeto del recurso contencioso administrativo en Costa Rica.	145

CAPÍTULO IV. LEGITIMACIÓN. 150

I. Conceptualización general.	151
- Conceptos intrínsecos a la legitimación.	162
A) El interés.	165
a) Interés directo.	168
b) Interés legítimo.	170
B) Derechos Subjetivos.	177
II. La legitimación y la Constitución de 1978.	180
III. Situación que plantea la Ley de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa vigente y el anteproyecto de Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1997.	186
1. La legitimación y la noción de lesión jurídica.	193
2. La legitimación y los intereses colectivos.	199

3. La legitimación, el Ministerio Fiscal y el Defensor del Pueblo.	205
4. Una postura intermedia de legitimación.	207
5. Referencia a la legitimación estatal.	208
IV. Referencia al tratamiento de la legitimación en el ordenamiento jurídico costarricense.	211
 CAPÍTULO V. REQUERIMIENTO O RECLAMACIÓN PREVIA.	 220
I. Planteamiento	221
II. Orígenes	222
III. Finalidad y justificación	223
IV. Perspectiva desde el proyecto de ley	230
 CAPÍTULO VI. PROCEDIMIENTO.	 241
 <u>SECCIÓN I.</u> Plazo para la interposición del recurso contencioso- administrativo contra la inactividad material administrativa.	 242
I. Iniciación del proceso contencioso-administrativo.	242
II. La reclamación previa y el plazo para deducir el recurso.	245
1. Plazo propuesto para casos de supuestos de inactividad sin acto previo.	247
2. Plazo propuesto para casos de inactividad material con acto previo, firme e inejecutado.	249
3. Plazo para que opere la caducidad de la acción contencioso-administrativa, tratándose de casos de inactividad material.	251
III. Discusión en relación al exceso en el plazo estipulado en el artículo 29 del proyecto de Ley.	252
1. Plazo estatuido en el artículo 29.1 del proyecto de Ley y su	

relación con el plazo general dado para la denegación presunta.	254
2. No equiparación del artículo 29 del proyecto de Ley con el acto presunto.	257
IV. Una salida paralela ante la estipulación del plazo de tres meses para la impugnación (art. 29.1 proyecto de Ley).	258
<u>SECCIÓN II. PROCEDIMIENTOS APLICABLES.</u>	260
I. Procedimiento abreviado.	260
II. Procedimiento ordinario.	270
CAPÍTULO VII. LAS MEDIDAS CAUTELARES EN RELACIÓN CON LA INACTIVIDAD MATERIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.	280
I. Ubicación de las medidas cautelares en el marco teórico general.	281
1. La Constitucionalización de las medidas cautelares.	286
2. Marco conceptual en el que se ubican las medidas cautelares.	297
A) Concepto.	297
B) Presupuestos.	307
a) <i>Periculum in mora</i>	307
b) <i>Fumus boni iuris</i>	310
C) Característica esencial de las medidas cautelares: la adopción en tiempo o urgencia.	320
D) ¿Necesidad del otorgamiento de una fianza o caución?. . . .	323
II. Las medidas cautelares de tipo positivo.	329
1. Supletoriedad del artículo 1428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. .	336
2. Figuras análogas a las medidas cautelares positivas en otros	

sistemas europeos.	341
A) Los référés provision e injonction del Derecho Francés.	342
B) Las einstweilige Anordnungen o medidas provisionales del Derecho Alemán.	345
C) El giudizio di ottemperanza del Derecho Italiano.	348
D) Las medidas provisionales del Derecho Comunitario.	350
3. Las medidas cautelares positivas en el proyecto de Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1997 y 1998.	353
III. Situación de las medidas cautelares en el ordenamiento jurídico costarricense.	361
 CAPÍTULO VIII. SENTENCIA Y EJECUCIÓN.	366
I. La sentencia en el contencioso por inactividad material.	367
II. La ejecución de la sentencia.	372
1. Planteamiento.	372
2. Control de legalidad.	378
3. Problemática en torno a la potestad sustitutoria de los jueces y Tribunales.	381
4. Ejecución forzosa de las resoluciones judiciales por inactividad material a "un hacer positivo".	386
A) Ejecución forzosa " <i>in natura</i> ".	389
B) Referencia al "hacer personalísimo".	390
C) Condenas de "hacer" y las condenas pecuniarias.	394
5. Posibilidad de la ejecución delegada a un tercero.	400
III. La ejecución de sentencias y su relación con el principio de separación de poderes.	404
IV. Puede la discrecionalidad de la Administración, impedir la sustitución por	

parte del Juez?	407
- Inexistencia de discrecionalidad en el establecimiento de Servicios Públicos ante norma expresa.	414
V. La ejecución de las sentencias en el proyecto de Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.	418
VI. Breve referencia a la sentencia y su ejecución en el Derecho comparado: venezolano, anglosajón, argentino y costarricense.	424
1. Derecho argentino.	424
2. Derecho anglosajón.	428
3. Derecho venezolano.	429
4. Derecho costarricense.	431
 CONCLUSIONES.	 439
 BIBLIOGRAFÍA.	 459

INTRODUCCIÓN

INTRODUCCIÓN

Con el devenir del Estado moderno y al ordenarse de mejor forma la organización social en la que enmarcamos el Estado Social de Derecho, aparecerán consecuentemente nuevas formas de otorgamiento de derechos a los ciudadanos, que el sistema debe proteger y tutelar eficazmente, buscando en todo momento el pleno ejercicio de los mismos. Es ya reiterada doctrina la que señala que esta nueva concepción socializadora de la libertad de los individuos, tiene su componente en el Estado Social, contemplado y consagrado desde la misma generación y postulación constitucional.

La consecuencia será, la multiplicidad de acciones que demanden los administrados a cargo de la Administración Pública, conllevando lógicamente, una *acentuación mayor en el intervencionismo estatal por medio básicamente, en la prestación de servicios públicos y el desarrollo de los derechos que legal y reglamentariamente impone el ordenamiento jurídico.*

Este complejo sistema institucional cobra valor, no sólo en la prestación sino en la calidad con la que despliega el servicio a la Comunidad a la que *sirve con objetividad (según lo dispone el artículo 103 de la Constitución Española)*, dando garantía de las condiciones para la efectividad del sistema. Sin embargo, una organización tan compleja, extensa y poderosa, no se haya libre de disfunciones, abusos, excesos de poder y de otras formas de actuación ilegal o simplemente incorrecta o desacertada, que inciden, directa e

invariablemente, en la esfera de derechos e intereses legítimos de los administrados, causando con ello un rompimiento de los principios que la misma Constitución proclama.

Analizar una de las formas en que puede verse con claridad la acción ilegítima de la Administración Pública es el objeto de la presente memoria. Si la Administración Pública en su actuar puede cometer infracciones al ordenamiento, con igual condición, deberá ser tratada si esa actividad demandada y de obligado acatamiento, no llega a ser materializada por la inercia y omisión de los órganos administrativos. La inactividad material supone una transformación negativa en el conjunto de principios jurídicos tales como la igualdad, la libertad, la seguridad jurídica, la participación y el pluralismo, y configura el desarrollo de la ilegalidad administrativa al no cumplirse con eficacia las actuaciones de tipo positivo que exige la acción del poder público.

De primero orden, delimitaremos el alcance y la naturaleza de la inactividad material de la Administración Pública, conceptualizándola como una forma de ilegalidad causante de una lesión en la esfera jurídica de los particulares, no ya bajo una concepción subjetiva en que la invocación del perjuicio debe estar basada en actos, sino en voluntades manifestadas en la inacción administrativa. Si el poder del Estado se traduce en un "no hacer", estando determinada su obligación jurídica, el sistema debe ofrecer los instrumentos y medios necesarios para que se encuentre la tutela judicial

efectiva de los derechos e intereses, tal y como lo promulga el postulado constitucional (artículo 24).

Basados en el respeto que debe surgir del mandato legal señalado, pretendemos demostrar en los siguientes capítulos, en primera instancia que debe dársele tratamiento normativo a la inactividad administrativa como una forma de ilegalidad concreta, real y existente y en segundo orden de tipo genérico, que el particular afectado con ella debe encontrar pleno reparo en la vía jurisdiccional. Aquí radica el objeto principal de esta memoria, hasta dónde puede llegar el control jurisdiccional contra la inactividad administrativa, y cuáles son los elementos intervinientes que pueden hacer factible este pleno control por partes de las autoridades jurisdiccionales.

Desde los orígenes de esta investigación, el planteamiento fue muy concreto, el análisis de las formas y supuestos en los que se configura y surge la inactividad material administrativa, así como su valoración jurisdiccional desde el ordenamiento jurídico vigente, correlacionando esta necesidad que impone la vigente Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, con las propuestas legislativas que en esta materia se han esbozado, tratando de determinar si la ocasión de reforma, está, a nuestro criterio siendo realmente reformista y llenando esos grandes "agujeros negros" de la jurisdicción contencioso administrativa.

No ignoramos que como parte de un estudio integral, existen otras formas de inactividad, igual o mayormente perjudiciales para los intereses y derechos de la colectividad, las cuales se pueden llegar a interrelacionar unas con otras en un conjunto esférico de acción de los poderes públicos, así, la inactividad legislativa y la inactividad judicial y dentro de la misma inactividad administrativa, la inactividad formal (silencio administrativo), sin embargo y a pesar de su enorme importancia, hemos considerado ajustarnos exclusivamente al análisis de los supuestos de inactividad material administrativa y los elementos que se relacionan con estos, no sólo por que el estudio integral alcanzaría un inimaginable volumen, sino porque ya existen en la doctrina recientes estudios, que ahondan con excelencia la materia, amén de la consideración de que nuestro objetivo siempre estuvo enmarcado en las *propuestas de reforma de ley, a fin de su análisis crítico para coadyuvar de alguna forma en la concienciación de las necesidades que impone hoy día el tratamiento legislativo y el control jurisdiccional que debe tener la inactividad material de la Administración Pública.*

Un primer y segundo capítulo está dedicado a la delimita el concepto de inactividad material, desde la perspectiva de la eficacia que debe regir el actuar administrativo, así como la diferenciación existente entre inactividad ante la existencia de actos administrativos previos (pero inejecutados) y aquel tipo de inactividad en las que no se ha dado de previo ninguna manifestación expresa de la voluntad administrativa.

Merecen especial consideración y atención, los obstáculos que puede localizar en el camino el perjudicado con la inacción administrativa, el alcance de la pretensión objeto de la impugnación, los problemas de legitimación, el requisito del requerimiento o reclamación previa, así como el análisis de los plazos mediante los cuales el sujeto puede ver cubierta sus posibilidades de tutela (capítulos 3, 4 , 5 y 6), pretendiendo llegar a conclusiones que demanden su tratamiento más acorde con una tutela judicial efectiva y sin dilaciones indebidas.

El capítulo sétimo se ha dedicado al planteamiento de quizá, la solución más viable a la problemática que conlleva la impugnación por inactividad material administrativa, y se trata de la temática de las medidas cautelares, partiendo del marco teórico general en las que se enmarca el tema cautelar, arribándose a la plausible figura de las medidas cautelares de tipo positivo, que son las que suponen un hacer material y que, aún cuando la realidad obligue a ser conscientes de que por muy breves que puedan llegar a ser los plazos de impugnación y muy sumarios que sean los procedimientos, en ciertos casos la justicia devendrá siempre tardía, por lo que este tipo de medidas pueden paliar los efectos negativos que produzca a los administrados, sin lugar a dudas, las omisiones de la Administración Pública.

Finalmente, el capítulo octavo hace un análisis de la sentencia en el contencioso administrativo por inactividad material y plantea la problemática de la ejecución de sentencias, que a pesar de no ser exclusiva de esta materia,

sino que es un problema de todo el contencioso administrativo en general, aquí la problemática alcance niveles de mayor gravedad, en razón de que la ejecución y la posibilidad de sustitución del órgano jurisdiccional, suponen un hacer material es decir el despliegue de una actividad material que en la mayoría de los casos los jueces y Tribunales están imposibilitados para ejercer por sí mismos, ofreciéndoles el sistema la única posibilidad de vías alternativas para compeler a la Administración (no de forma muy eficaz) al cumplimiento de sus cometidos y objetivos legales, como podrían ser la coacción, el establecimiento de multas coercitivas y la responsabilidad por daños y perjuicios tanto del Estado como persona jurídica, como de los servidores responsables directamente de la inactividad.

La metodología utilizada se ha dirigido a una investigación con el rigor científico que demanda el análisis de tema en cuestión, utilizando para ello la doctrina, legislación y jurisprudencia que existen, no sólo de manera directa - porque es escaso el estudio específico-, sino de la doctrina científica que hemos considerado correlacionada con la figura de la inactividad material y su innegable e indiscutible supeditación al contenido del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva.

El estudio conlleva una etapa de recopilación de la información y análisis de la documentación obtenida, la valoración de los presupuestos con los que se inició la investigación y finalmente la reflexión de la base teórica existente, su desarrollo, crítica y el planteamiento de la mejoras que demanda el sistema.

Respecto a la jurisprudencia y por no existir abundancia en el tratamiento del tópico por parte de nuestros Tribunales de Justicia, se hace mención de aquellas resoluciones que a nuestro juicio tienen mayor relevancia e ilustran mejor la problemática, sin embargo se dejan apuntadas las que ya otros autores han recopilado, sin querer ser reiterativos en citas de remisión.

Por otra parte se hace un somero estudio de derecho comparado, en algunos casos con países del entorno europeo que vayan a la vanguardia en el tratamiento de los diferentes aspectos que configuran un proceso contencioso administrativo contra la inactividad material de la Administración Pública verdaderamente eficaz y en otros, con países del continente americano que cuenten con una problemática en términos parecidos, así como la solución que en ellos ha dado. La mayor referencia, sin embargo -sin haber querido sobreabundar en ella- está referenciada en relación al sistema jurídico costarricense, quizá, por ser la realidad en la que está inmersa el autor de esta memoria.

Hacemos la salvedad que en virtud de la existencia de varios proyectos de ley de reforma de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, la referencia que se hace a lo largo de toda la investigación es al último proyecto de ley de fecha 8 de abril de 1998, lo que no obsta para que en algunos apartados se haga mención expresa de los proyectos que le preceden, por imponerle así el tratamiento diferente que se le haya dado.

CAPÍTULO I

CONCEPTUALIZACIÓN Y UBICACIÓN TERMINOLÓGICA

CAPÍTULO I

CONCEPTUALIZACIÓN Y UBICACIÓN TERMINOLÓGICA

I. ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA EN LA QUE ENMARCAMOS LOS DEBERES ESTATALES. GENERALIDADES.

La reforma social operada en los últimos años, ha constituido uno de los pilares fundamentales del intervencionismo estatal en la vida ciudadana; asimismo, al desarrollarse una serie de reivindicaciones de las diversas formaciones sociales existentes en nuestra sociedad y en las que el ciudadano se integra, aparecen nuevos **derechos** que el ordenamiento debe regular y tutelar, con lo cual se va a exigir del Estado una actitud más determinante, para crear y establecer las condiciones necesarias y más favorables para el desenvolvimiento del individuo en la colectividad con sus necesidades e intereses, así como la prestación de servicios que debe efectuar para cubrir sus *necesidades mínimas*; aparte de considerar que el particular se encuentra hoy día más presto a exigirle al Estado que cumpla con sus obligaciones y deberes.

Para ello, van a ser las organizaciones públicas las que desarrollen las actividades a las que está llamado el Estado, instituciones que estarán inmersas en profusos poderes, encargadas de multiplicidad de funciones y tareas que inciden directa y decisivamente en la vida cotidiana de los

ciudadanos,¹ teniendo como contraposición la responsabilidad, tanto por las actividades que desarrolla como por la calidad con la que se brindan las mismas.

Al crecer tanto las actividades como las organizaciones y dependencias gubernamentales encargadas de los servicios públicos, produce como efecto que se dé una menor satisfacción a los objetivos de su generación y se aumentan también, las probabilidades de que estos órganos entren en conflicto con el particular y colisionen con sus intereses al no ver satisfechos sus deseos ciudadanos.²

Puede decirse sin lugar a dudas, que la actividad de la Administración Pública es el conjunto de actos desarrollados por organismos públicos, para la realización de los fines del Estado en beneficio de la sociedad,³ y la calificación que se dé a cada uno de ellos, dependerá de la naturaleza de los fines que persiga, con supeditación plena de toda esa actividad al ordenamiento jurídico

¹ Lo precisa de modo contundente la Constitución Española, que corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social. (Artículo 9.2).

² En este sentido **LUCERO ESPINOZA, Manuel**, *Teoría y práctica del Contencioso Administrativo ante el Tribunal Fiscal de la Federación*, Edit. Porrúa, México, 1990, p. 13, expresa que el advenimiento del Estado Social de Derecho, que se caracteriza por un intervencionismo amplio y vigoroso en las actividades sociales, políticas y económicas de los gobernados, ha traído consigo el aumento de las actividades administrativas, así como una extensa y compleja organización administrativa, a fin de alcanzar la satisfacción de los intereses públicos.

³ Véase **MARTÍN REBOLLO, Luis**, "La Administración de garantías: vigencia y limitaciones", en Revista del Centro de Estudios Constitucionales, N° 13, septiembre-diciembre 1992, p. 45.

en vigencia, con especial énfasis en la Constitución y en las leyes formales, por consiguiente, al interés general o de la colectividad.⁴

Dentro de las actividades que despliega la Administración Pública, hemos de destacar todas aquellas actividades de "prestación de servicios" que en un sistema de democracia pluralista como el nuestro,⁵ le asisten para garantizar mínimos a los ciudadanos, tales como los de "seguridad", es decir, de policía; de "provisión" como los servicios y empresas públicas; de "fomento" para ayudar y asistir a los cuerpos intermedios, etc..

En un sistema democrático es indiscutible que la Administración Pública tenga una finalidad prestacional, que se integra en los niveles de control, provisión y fomento, con el propósito de facilitar medios al servicio de la libertad.⁶ Por tanto, la principal función del Estado, cual es la actividad administrativa, se manifiesta de forma **concreta, inmediata, continua, práctica y normalmente espontánea**, a fin de alcanzar de manera directa, la realización de los cometidos estatales⁷ de los fines y necesidades de la comunidad y de los individuos que la integran.⁸ Debiendo facilitar o asegurar el

⁴ Véase **MORELL OCAÑA, Luis**, "La inactividad de la Administración: técnicas alternativas a la del silencio, ante la omisión administrativa de los standards de conducta previsto por la ley", en Revista Documentación Administrativa, N° 208 abril-diciembre 1986, p. 68.

⁵ Artículo primero de la **Constitución Española**.

⁶ **DROMI, José Roberto**, *Constitución, Gobierno y Control*, Ediciones Ciudad Argentina, Argentina, 1983, p. 23.

⁷ **ESCOLA, Héctor Jorge**, *El Interés Público como fundamento del Derecho Administrativo*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1989, p. 40.

⁸ Véase **GARRIDO FALLA, Fernando**, "El concepto de Servicio Público en Derecho Español", en Revista de Administración Pública, N° 135, septiembre-diciembre 1994, p. 9, al decir que: "La Administración gestiona la organización de medios personales y materiales cuya actuación concreta resulta necesaria para alcanzar la satisfacción de los intereses públicos y las necesidades colectivas de los ciudadanos."

bienestar general que permita gozar de las libertades y derechos reconocidos, poniendo a disposición plena de los individuos, los mecanismos e instrumentos necesarios que lo permitan.

La actividad administrativa no es sino el manejo, dirección o gobierno de un interés encaminado a un objeto o fin predeterminado, y que consiste en un compuesto de actos sucesivos y continuados cuyo conjunto materializa su actividad. Lo dicho implica destacar que toda Administración cumple siempre una actividad teleológica, o más concretamente, una actividad estructurada para alcanzar fines humanos, con prescindencia de cuáles puedan ser éstos.⁹

Es por lo anterior que coincidimos con las palabras del profesor HAURIU¹⁰ al decir que, "la actividad administrativa es la gestión de los asuntos públicos para la satisfacción de los intereses generales según los fines del Estado. La acción administrativa tiende, en todo caso, a manifestarse en dos formas típicas: concretándose en una situación jurídica especial en que se fija la expresión directa y final de la voluntad de la Administración Pública, que es el acto administrativo, o bien dando como resultado el servicio público, que es el producto acabado de la acción administrativa, para satisfacer en forma armónica y general, las necesidades de carácter social que son de su cargo."¹¹

⁹ ESCOLA, Héctor Jorge, *El interés público como fundamento del Derecho Administrativo*, op. cit., p. 40.

¹⁰ HAURIU, citado por LANCIS Y SÁNCHEZ, Antonio, *Derecho Administrativo. La actividad administrativa y sus formas*, Cultural S.A., tercera edición, Cuba, 1952, p. 47.

¹¹ En cuanto al tema de operaciones materiales administrativas que sirven para asegurar la gestión de los servicios públicos, formando parte del acto administrativo y de la cual también tienen una tácita obligación, véase al respecto: NIETO GARCÍA, Alejandro, *Estudios históricos sobre Administración y Derecho Administrativo*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1986, p. 273.

- La eficacia como parámetro de la actividad administrativa.

La **actividad** administrativa supone entonces, que la acción del Estado sea consustancial con su naturaleza misma (de actuar), porque de estar pasiva no cumpliría sus objetivos.¹²

Si la actividad administrativa se realiza a través de la ejecución de concretos actos administrativos que bien pueden **crear, modificar o extinguir** situaciones jurídicas individuales o generales -siendo el mismo ordenamiento jurídico quien le ha otorgado a la función administrativa del medio necesario para la expresión de su voluntad-, ha potenciado así, su actividad para que esta tenga **eficacia**, es decir, se concrete en la realidad, máxime cuando - como dice GARRIDO FALLA-, la acción del Estado sigue siendo intervencionista y centralizadora en relación con otros sectores, apoyándose para ello en el concepto de Servicio Público.¹³

De esta prerrogativa emerge la cualidad esencial de la actividad administrativa, cual es su fuerza de eficacia (traducida en una fuerza ejecutiva y ejecutoria de sus resoluciones y actos), que es instaurada como la potestad administrativa para definir por un lado, sus controversias con los particulares

¹² Como bien lo expresa **MUÑOZ, Guillermo Andrés**, "La inactividad de la Administración", en Actualidad y perspectivas del Derecho Público a fines del S. XX, T. II., Edit. Complutense, Madrid, 1992, p. 1105, resulta incongruente y contradictorio que una administración que tiene a su cargo la conformación social y económica de la sociedad, permanezca inactiva.

¹³ **GARRIDO FALLA, Fernando**, "El concepto de Servicio Público en Derecho Español", *op. cit.*, p. 27.

administrados mediante la declaración unilateral de su propia voluntad ejecutiva (ejecutando coactivamente esa declaración) cuando de "imposiciones" se trate, o bien, de la ineludible obligación de ejecutar los actos que emite mediante el otorgamiento de beneficios o derechos a los administrados.

El **actuar administrativo** es entonces sinónimo de eficacia, y en expresión sinónima de su acepción semántica dada por el vocablo en el diccionario de la Real Academia Española de la Lengua,¹⁴ lo aparejamos con lo dispuesto por el artículo 103.1 de la Constitución Española, en indicativo del establecimiento de los principios a los que debe someterse la Administración Pública en su actuar y en sus relaciones varias con los ciudadanos, y dentro de los cuales y en primer orden se coloca a la **eficacia**.¹⁵

De allí que es imperativo que la **eficacia** sea el elemento primo del actuar administrativo, principio por medio del cual se configura y se ejercen las relaciones con los particulares, tanto en sus deberes como en el ejercicio de sus derechos. Pues bien, comprendiendo el alcance de la terminología que define el ejercicio de la **actividad administrativa**, resulta claro que existe un deber prestacional por parte de la Administración Pública, cuando ésta está obligada al cumplimiento de un hacer, tanto de forma genérica (en

¹⁴ **Actividad:** 1.- Facultad de obrar. 2.- Diligencia, eficacia. 3.- Prontitud en el obrar. 4.- Conjunto de operaciones o tareas propias de una persona o entidad. **Diccionario de la Real Academia Española**, edición 21, 1992.

¹⁵ Reza la norma constitucional: "La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho."

determinadas prestaciones señaladas por el sistema, tales como: servicios de policía, servicios de ornato, de limpieza, etc.),¹⁶ como también, mediando específicos actos administrativos que así determinen la actividad a llevar a cabo y sobre lo que el mismo sistema de derecho permita al administrado, en tutela de sus derechos e intereses legítimos, siendo la razón misma de Estado de Derecho. Aquí el concepto de **actividad** se circunscribe a un servicio prestacional que la Administración despliega para los particulares.¹⁷

Con ello, podemos delimitar el campo de acción de la Administración Pública a aquellas actividades de tipo prestacional que bien se puede denominar: **actividad prestacional de la Administración Pública**, trayendo consigo la posibilidad del análisis del concepto de inactividad material, como corolario de la ineficiencia e ineficacia administrativa en su actuar.

A tenor de lo dicho y perteneciendo el estudio más amplio de las formas de actividad administrativa a la ciencia de la Administración más que a la jurídica, valga indicar y como introducción de la figura de la inactividad material administrativa -objeto principal del presente estudio- que, en muchas ocasiones

¹⁶ LANCIS Y SÁNCHEZ, Antonio, *Derecho Administrativo. La actividad administrativa y sus formas*, op. cit., p. 47.

¹⁷ Resulta interesante a efectos de la definición precisa de las obligaciones a las que está llamada la Administración, delimitando mejor los alcances de sus deberes, señalar el concepto que sobre **prestación**, precisa el autor GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago, *Problemas procesales actuales de la jurisdicción contencioso-administrativa*, Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993, p. 28, al decir que "el término prestación no puede entenderse sino en su acepción general, como el objeto de una obligación, siendo ésta la relación jurídica en virtud de la cual una persona -acreedor- puede exigir de otra -deudor- una determinada prestación. La prestación es, pues, el objeto de la obligación y, así, la conducta en que consiste el cumplimiento de la obligación."

-como lo expresa GÓMEZ FERRER-¹⁸ la integración de los fines por los que se encuentra en vigencia la actividad del Estado, no se corresponden unos con otros, en relación misma con los medios de que dispone para conseguirlos, produciendo entonces la ineficiencia e ineficacia de la Administración en todo sentido.

II. LA INACTIVIDAD MATERIAL ADMINISTRATIVA.

1. Una noción general de inactividad.

La inactividad material de la Administración, en su sentido genérico, se considera como la pasividad o no reacción por parte de la Administración Pública ante acontecimientos que objetivamente exigen una actividad de tipo positiva¹⁹ (lo anterior, en la mayoría de los casos, porque también podrían darse casos de requerirse por el contrario, que la Administración deje de actuar).

Ahora bien, cuando se habla de inactividad por falta de una prestación, es cuando la inactividad se produce en el ámbito de la inexistencia de un servicio o acción específica y concreta que tiene que desplegar la

¹⁸ GÓMEZ FERRER, Rafael, "El silencio administrativo desde la perspectiva constitucional", en *Revista Documentación Administrativa*, N° 208, abril-diciembre 1986, p. 82.

¹⁹ Véase SANTIAGO TAWIL, Guido, *Administración y Justicia. Alcance del control judicial de la actividad administrativa*, T. I, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1993, p. 286, al decir que: "La inactividad material sería aquella que se traduce en el incumplimiento por parte de la Administración de sus competencias ordinarias, en la pasividad de los entes administrativos para ejecutar o llevar a su debido cumplimiento los objetivos que le son propios..."

Administración Pública a uno o varios administrados, y es aquí donde introducimos la figura de la inactividad material por tratarse de acciones materiales que han sido omitidas por los entes administrativos.

De esta forma, la inactividad u omisión prestacional es un fenómeno contradictorio a la vocación de servicio público que le asiste a la función estatal; tal y como lo señala GÓMEZ PUENTE con todo atino: "la inactividad, por tanto, es un comportamiento que contradice esta vocación dinámica y la propia naturaleza de una organización instrumental que permaneciendo inerte no da cumplimiento a los objetivos mismos que explican su existencia."²⁰ Es precisamente la dinamización de su estructura, la que viene a darle sentido al ejercicio del servicio público y prestacional en el pleno desarrollo de las actividades que le están encomendadas, que de no hacerlo así e incurrir en omisiones prestacionales, la Administración Pública se aleja de la legalidad,²¹ elemento determinante de su sometimiento al orden jurídico, en razón de que el Estado de Derecho propugna la sujeción de la acción administrativa a la legalidad.

Varios son los sinónimos que podríamos inferirle al concepto de "inactividad administrativa", a fin de adjudicarle ese **Estado de Carencia** en

²⁰ GÓMEZ PUENTE, Marcos, *La inactividad de la Administración*, Edit. Aranzadi, Pamplona, 1997, p. 44.

²¹ Para algunos autores, el término "inactividad" hace referencia a una realidad unívoca, consistiendo tanto en no producir un acto como en no desplegar una serie de **actividades** encomendadas por el mismo ordenamiento, véase: RIBERA RODRÍGUEZ, Teresa, "La defensa frente a la inactividad y la vía de hecho administrativas" en Actualidad Administrativa N° 28, 10-16 de julio de 1995, p. 458.

que se pueden ver involucrados los particulares ante los servicios prestacionales públicos: inercia, pasividad, ineficacia, ineficiencia, etc., pueden ser algunos de ellos, demostrando en cada uno un "no hacer" cuando así se requiere legalmente.

Si nos remitimos a la concepción lingüística del concepto -tal y como lo hiciéramos con el de "actividad", con el fin de determinar en cierta forma los alcances que en Derecho se le debe dar a su tratamiento-, diremos que la situación planteada por el diccionario de la Real Academia Española es simple. Se define la inactividad como: la carencia de actividad,²² lo cual implica un estado de no funcionamiento del aparato o sistema, así como la falta de ejercicio de una actividad -que agregamos aquí constituye un deber jurídico-, como forma de llegar a una conceptualización más uniforme desde la perspectiva de los efectos que produce el fenómeno en la esfera jurídica de los administrados; en la doctrina -dice GÓMEZ PUENTE²³- se ha llegado a ampliar la noción a conceptos atinentes al objeto mismo que denotan una forma de manifestación de la ilegalidad en la que incurre el aparato administrativo con su inacción material prestacional, y así se habla de "mala administración".²⁴

²² **Diccionario de la Real Academia Española**, *op. cit.*

²³ **GÓMEZ PUENTE, Marcos**, *La inactividad de la Administración*, *op. cit.* 47, citando además a otros autores, como **DE ASÍS ROIG, R.**, *Deberes y obligaciones en la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 269-276.

²⁴ En análoga posición se encuentra **MARTÍN RETORTILLO, Sebastián**, *"El reto de una Administración racionalizada"*, Cuadernos Civitas, primera edición, Madrid, 1983, p. 92, quien expone que la "mala prensa" que en su quehacer cotidiano goza la Administración, la causan, en principio, los servicios que, por modesto que sea su rango, mantienen contacto cotidiano y directo con el público. Esta relación suele ser para el administrado fuente permanente de frustración, de incomodidad y de desconcierto."

2. La inactividad u omisión material.

A) Conceptos atinentes al desarrollo del concepto de inactividad material: buena administración y eficacia.

Como forma de partir para un acercamiento a la dimensión jurídico-administrativa del concepto supradicho, se plasma la voluntad primaria de la Administración de cumplir a cabalidad con los estándares de servicio público en sus diversos tipos de prestación, por ello, si la Administración no ejecuta su deber con un mínimo de calidad es entonces, cuando se manifiesta la **lesión** y el **perjuicio** en ese servicio cuyo destinatario es el administrado,²⁵ y como atinadamente califica GÓMEZ PUENTE, "se trata, pues, de un comportamiento antijurídico, contrario al principio de legalidad en sentido amplio (de juridicidad, si se quiere), que contradice la posición servicial y la vocación dinámica y transformadora de la realidad social que la Constitución atribuye a la Administración como instrumento esencial del Estado social de Derecho."²⁶

La misma concepción del ajuste debido de la actividad administrativa a los cánones de legalidad, proviene de lo dispuesto por el artículo 103.1 de la Constitución Española, al señalar que la Administración está llamada a servir con objetividad los intereses generales de acuerdo con las previsiones legales;

²⁵ Véase **ÁLVAREZ-GENDIN Y BLANCO, Sabino**, *Teoría y práctica de lo Contencioso Administrativo*, Edit. Bosch, Barcelona, 1960, p. 19, que expresa lo siguiente: "Porque las infracciones administrativas se muestran realmente no tan sólo como una lesión a las situaciones de los administrados, sino como entorpecimiento a la buena y recta administración."

²⁶ **GÓMEZ PUENTE, Marcos**, "Responsabilidad por inactividad de la Administración", en *Revista Documentación Administrativa*, N° 237-238, enero-junio 1994, p. 140.

en este orden se deben dar en el ordenamiento, las reglas debidamente claras sobre las que el administrador debe actuar y prestar los servicios a los que está llamada.²⁷

La noción de la **buena administración** implica **eficacia** y esta presupone cumplimiento de los objetivos y por tanto el despliegue de la actividad material que le está ordenada; en este punto ya es posible afirmar en un sentido amplio, que constituye mala administración toda conducta activa o pasiva que no satisfaga las exigencias constitucionales y legales²⁸ y la **eficacia** va más allá, en su configuración del elemento que rige la concepción de lo que es la **prestación servicial** a los principales componentes de una Administración que son los administrados.²⁹

Esta eficacia debe dirigirse a cumplir los fundamentos que le sirven de bandera, porque si el legislador previó el pleno sometimiento de la actividad administrativa a la ley y al derecho, lo hizo con el fin de que se lograra, no sólo

²⁷ Véase **MARTÍN RETORTILLO Y BAQUER, Sebastián**, *El reto de una Administración racionalizada*, Cuadernos Civitas, primera edición, Madrid, 1983, pp. 22 y ss., quien expone con claridad una sintomatología del deterioro funcional de la Administración, lo que conduce a su dicho, a una ineficacia evidente de nuestra Administración que produce un grave deterioro del sistema político, al decir que: "Hoy se tiene el convencimiento de que la Administración Pública es más ineficaz y está más deteriorada que nunca, *aunque no se advierte suficientemente que es bastante lógico que así sea*, al no haberse llevado a cabo su adecuación estructural y formal a los cometidos que en el momento presente debe desempeñar." Para este autor -continúa diciendo de manera contundente- "se trata de un reto que es exigencia requerida por razones de eficacia, de buen funcionamiento y de mejora de las técnicas de actuación a los que antes aludí. Pero es también -y de modo fundamental- auténtico requerimiento político derivado del planteamiento constitucional, que impone establecer una administración útil, una administración que sirva; en definitiva, la Administración que demanda el Estado social y democrático de Derecho."

²⁸ **GÓMEZ PUENTE, Marcos**, *La inactividad de la Administración*, op. cit., p. 47. En el mismo sentido véase también: **PARADA VÁZQUEZ, José Ramón**, *Derecho Administrativo*, Parte General, T. I., Edit. Marcial Pons, cuarta edición, Madrid, 1992, pp. 138 y ss.

²⁹ Véase **PARADA VÁZQUEZ, José Ramón**, *Ibidem.*, p. 420.

la posición de la Administración Pública como organización instrumental, sino para imponer un conjunto de principios rectores que debe acatar la Administración. Una descripción clarificada sobre la extensión que debe tener la eficacia en la prestación administrativa, nos la brinda ROBERTO DROMI, el cual señala: "Es dato de eficacia. Es el reto al rito de impedir el código del fracaso. Es regularidad y continuidad. Es uso y consumo responsable. Es una opción entre el "bien-estar general" y el "mal-estar común", por el acoso del reglamentarismo y del burocratismo. La eficacia de la Administración hace a la seguridad jurídica. De lo contrario, aquélla se convierte en una ruinosa "máquina de impedir" sólo fiel a lo que hemos bautizado como "el código del fracaso" que dice: "artículo 1º: no se puede; artículo 2º: en caso de duda, abstenerse; artículo 3º: si es urgente, esperar; artículo 4º: siempre es más prudente no hacer nada". Hoy es un "reto al rito" dar la batalla por la eficiencia del Estado."³⁰

De esta forma, resulta transcendental que la actividad prestacional que realiza el Estado a los particulares, deba ser llevada a cabo en toda la extensión de sus cometidos y alcances.³¹ Este es el papel preponderante que

³⁰ Véase **MÉNEM, Carlos** y **DROMI, Roberto**, *El Estado Hoy*, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1997, p. 64. Confróntese con lo dicho por **SÁNCHEZ MORÓN, Miguel**, *El control de las Administraciones Públicas y sus problemas*, Edit. Tecnos, Madrid, 1994, p. 60, al decir que: "La Administración Pública es una institución objetiva e imparcial, que debe ejercer sus tareas sin otra guía que la de la eficacia y el mejor servicio a los ciudadanos, esto es, sin acepción de personas ni espurias interferencias partidistas. La Administración no puede concebirse ya como la organización vicaria -o sicaria- del «Poder», enfrentada en esencia a los ciudadanos. Por el contrario, es por definición constitucional, una organización que persigue sus intereses comunes o colectivos, es decir, los intereses generales publicados (sic) por las normas jurídicas, respetando, claro está, las libertades, derechos y legítimos intereses individuales y de los grupos sociales reconocidos por el ordenamiento".

³¹ Véase entre otros: "Estudios sobre el gobierno", edición a cargo de **PAREJO ALFONSO, Luciano**, Universidad Carlos III, Boletín oficial del Estado, N° 14, Madrid, 1996, p. 61.

debe jugar la Administración Pública en sus relaciones ciudadanas, este es su deber. La Administración **debe, puede y tiene** que dar garantía al administrado ya no sólo de la *prestación que debe brindar*, sino de la calidad, regularidad y continuidad de los servicios públicos y es precisamente a esto, a lo que se refiere GÓMEZ PUENTE cuando diserta sobre la **mala administración** y a los alcances que tiene dentro de la actividad estatal como generadora de lo que aquí analizamos, o sea, la inactividad material.

Si de prestaciones hablamos, es porque deben estar expresamente determinadas por ley cuáles son aquellas actividades que debe desplegar la Administración Pública, así como los mismos actos administrativos que de ella emanan. Dentro de las acepciones que nos da la Real Academia Española (siguiendo con esta línea de descubrimiento semántico como instrumento jurídico) vemos que una de las acepciones que de prestaciones se nos da, es la que se refiere a cada uno de los **servicios** que el Estado, Instituciones Públicas o empresas privadas deben dar a sus empleados,³² sin embargo, podemos ampliar los alcances del término y establecer que ese **deber dar o hacer** lo es a los administrados, sujetos destinatarios de esa actividad.

La actividad administrativa prestacional es la que se hace para satisfacer necesidades públicas, mediante el despliegue de un servicio o acción a los administrados, diferenciándola de aquellas actividades genéricas denominadas como de Servicio Público, ya que no todas las actividades de

³² Sexta acepción, **Diccionario de la Real Academia Española**, *op. cit.*

este tipo contemplan servicios prestacionales a los administrados.³³ Quizá sea lo dicho por el profesor GARRIDO FALLA, lo que ofrezca una orientación más precisa, fundamentándose en el mismo ordenamiento jurídico, al decir que, la misión que la Constitución atribuye a la Administración Pública comprende, cuando menos, la "gestión de los servicios públicos" necesarios para la satisfacción de los intereses generales.³⁴ Así, las prestaciones que el Estado está comprometido a dar, son tales en tanto el administrado tenga derecho a ellas y de no hacerlo, es cuando nos referimos a la inactividad material como el no despliegue de esos esfuerzos.

En este sentido y unido a la concepción de **eficiencia y buena administración**, DROMI resume de manera clara la significación técnica y alcance de la expresión venida a estudio: "El ciudadano debe tener la **seguridad de poder exigir servicios eficientes**, pues hace a la seguridad jurídica y a la solidaridad social que el hombre encuentre satisfechas las

³³ Para autores como **PARADA VÁZQUEZ, José Ramón**, *Derecho Administrativo*, op. cit., pp. 420-421, la denominación que se le ha dado a la actividad de prestación como actividad de servicio público, es equívoco porque en torno a él se han planteado grandes y graves cuestiones dogmáticas al haberse intentado construir sobre él, el concepto del Derecho Administrativo. Es equívoco además, porque con el término servicio público no se designa exclusivamente una forma de actividad administrativa, sino también el conjunto de ella y de los órganos de la Administración, con independencia de que la actividad que desarrollen sea de prestación, de limitación o fomento." En posición de **GARRIDO FALLA, Fernando**, "El concepto de servicio público en Derecho Español", op. cit., p. 9. el servicio público es un concepto más amplio ya que es el medio para satisfacer los intereses públicos y las necesidades que ya están preestablecidas. Por su importancia y claridad, resulta interesante la conceptualización que da **ZANOBINI** (citado por **GARRIDO FALLA**, *Ibidem*, p. 11) quien refiere la noción de servicio público a sólo algunos aspectos de la actividad administrativa; por contraste con la "función pública" como forma superior de manifestación de dicha actividad. En su opinión, la función representa siempre el ejercicio de una potestad pública entendida ésta como una esfera de la capacidad jurídica del Estado, o sea, de su soberanía; los servicios públicos representan por su parte, otras tantas actividades materiales, técnicas, incluso de producción industrial, puestas a disposición de los particulares para ayudarles a conseguir sus fines.

³⁴ **GARRIDO FALLA, Fernando**, *Ibidem*, p. 7.

necesidades más elementales. Sólo el Estado abastece y/o (sic) garantiza los servicios de electricidad, agua, gas, teléfono, así como las prestaciones de justicia, educación y asistencia. Junto a la eficiente prestación de servicios públicos, la protección social constituye una tarea irrenunciable de un Estado que garantice la seguridad jurídica."³⁵ Y como lo afirma en la misma línea de pensamiento GARRIDO FALLA, analogando la actividad prestacional a la de los servicios públicos, "por eso, un importante sector de la doctrina española ha añadido a la actividad administrativa de prestación (propio de los servicios públicos) la actividad administrativa de "dación (o producción) de bienes al mercado"...".³⁶

Lo que sí resulta cierto es que un control de la inactividad y en este caso de la "mala administración" o de la "deficiente administración" que no cumple sus objetivos, solo vendría a suspender las conductas antijurídicas y reparar sus consecuencias dañosas, pero la mala administración ya habría sido dada,³⁷ pero precisamente ello es lo que debemos evitar que suceda en el actuar administrativo, en pos de un verdadero Estado Social de Derecho.

³⁵ **DROMI, Roberto**, *Derecho Administrativo*, Ediciones Ciudad Argentina, cuarta edición actualizada, Buenos Aires, 1995, p. 65. También remitimos a lo dicho en este sentido por la doctrina italiana que plasma **PARADA VÁZQUEZ, José Ramón**, *Derecho Administrativo*, op. cit., p. 422, a fin de delimitar el concepto de actividad de prestación o servicio público, estableciendo que la actividad de prestación o servicio público en sentido estricto es aquella que, desarrollada al margen de la noción de soberanía, se concreta en **actividades materiales o técnicas**, actividades prestadas *uti singuli*, es decir, de forma personalizada y mensurable, como ocurre con el transporte, la seguridad, la enseñanza, etc.

³⁶ **GARRIDO FALLA, Fernando**, "El concepto de Servicio Público en Derecho Español", op. cit., p. 14.

³⁷ Véase **GÓMEZ PUENTE, Marcos**, *La inactividad de la Administración*, op. cit., p. 245.

Como antes se dejó clarificado, las conductas de la Administración están supeditadas al Derecho y a la ley y por consiguiente a la legalidad;³⁸ en tanto se aparte de sus cometidos -dentro de los cuales, a tenor de todo lo dicho anteriormente, se incluyen las faltas en la prestación de servicios-, su actuar es configurativo de ilegalidad. Así, a tenor de los **deberes** atribuidos a ella (Administración Pública) debidamente especificados en las normas, su negativa o inercia de actuación, dan a esa omisión el carácter de ser lesiva y deberá por tanto, contener una disposición en los efectos negativos que se pueden provocar.

En este sentido, parte de la doctrina ha querido disminuir los resultados negativos de esa inactividad mediante la fórmula de la conversión de la inactividad "material" en "formal" como una forma de consolidación jurídica de la carencia administrativa -tema sobre el cual ahondaremos más adelante-; por lo pronto valga decir que, aún cuando podamos unificar el fundamento jurídico que forman una y otra figura, a fin de que exista el escenario fáctico-objetivo necesario y opere dicha conversión, el problema va a estribar siempre en que la tutela real va a ser inexistente y la prestación final del servicio solicitado quedará en una mera formulación.³⁹

³⁸ Refuerza esta idea lo dicho entre otras por la STS de 1 de abril de 1996 (Arz 4571). *"Ciertamente la presunción de legalidad del acto administrativo conforme a los artículos 45.1 Ley de Procedimiento Administrativo (LPA), reguladora de las Bases del Régimen Local, así como la necesidad de que la actuación de la Administración se desarrolle con la continuidad que exige el principio de eficacia, establecido en el artículo 103.1 de la Constitución, producen como consecuencia la ejecutividad y ejecutoriedad del acto administrativo (artículos 101 y 102 LPA y 4 Ley 7/1985)."*

³⁹ Al respecto puede remitirse al lector a lo dicho por: **NIETO GARCÍA, Alejandro**, "La inactividad de la Administración y el Recurso Contencioso Administrativo", en Revista de Administración Pública, N° 37, enero-abril 1962, pp. 75-126. También, **GARRIDO FALLA, Fernando**, "La vía de hecho y la inactividad de la Administración", en Anales de la Real

Ahora bien, al partir de una concepción de inactividad en el sentido jurídico-material del término, en la que interesa por tanto el despliegue de acciones materiales demandadas por el ordenamiento tal y como están reguladas (y no deficientemente es decir: "mala administración"), quedaría por fuera de la misma todos aquellos elementos exógenos que la condicionan, como lo podrían ser los criterios de orden económico, políticos o culturales, que en una u otra forma, pueden determinar imposibilidades a la efectividad de la actuación administrativa, y de hecho lo hacen. Nadie está obligado a lo imposible, determina la máxima jurídica, y ello podría excluir entonces la **eficacia** como obligatoriedad accional y por ende la ilegalidad y antijuridicidad.⁴⁰

Academia de Jurisprudencia y Legislación, Nº 26, Madrid, 1996, p. 19. Del mismo autor: "El objeto del Recurso Contencioso Administrativo: Actos impugnables y Pretensiones", en Tribuna sobre La Reforma de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (dirigida por **González Pérez, Jesús**) Real Academia de Ciencias Morales y Políticas en colaboración con el Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1997, p. 102. **GUILLÉN PÉREZ, María Eugenia**, *El silencio administrativo (El control judicial de la inactividad administrativa)*, Edit. Colex, Madrid, 1996, p. 301. **BREWER CARIAS, Allan**, *Principios del procedimiento administrativo*, Edit. Civitas, primera edición, Madrid, 1990, p. 168. De este autor, véase: *Estado de Derecho y Control Judicial*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1987, p. 266. **GÓMEZ PUENTE, Marcos**, *La inactividad de la Administración*, op. cit., p. 68. Parecida postura adopta el **Pleno del Consejo del Poder Judicial** ante sus razonamientos del proyecto de Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1995, al decir que: la fórmula tradicional del silencio administrativo no es suficiente para resolver satisfactoriamente estas situaciones (refiriéndose a casos de inactividad material), especialmente cuando, como ocurre en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, se da preferencia al efecto positivo del silencio, pues en estos casos lo que el administrado busca no es obtener un título que le permita entender superados los obstáculos jurídicos para la realización de una determinada actividad o evitada una actividad administrativa de efectos desfavorables, sino que se realice una actividad material de la Administración y le reporte directamente un beneficio que por sí mismo no puede obtener, como ocurre de manera más característica en relación con la actividad subvencional y prestacional de la Administración, de tan frecuente repercusión en el mundo contemporáneo".

⁴⁰ **GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón**, *Curso de Derecho Administrativo*, T. I, Edit. Civitas, octava edición, Madrid, 1997, p. 802, quienes expresan que: "La actividad material será, en el caso normal, ejercicio de algún derecho o de alguna libertad o potestad que el Derecho construye y protege, y si esa circunstancia no se da, será entonces un acto que el Derecho califique de ilícito y contra el cual montará alguna reacción."

Aún cuando esto último relativiza el concepto de inactividad que venimos analizando, no debe ser señalado como parte intrínseca de él, sino precisamente como condicionantes que el sistema debe buscarles solución, logrando aminorar dentro de su acción (tanto desde la actividad misma del legislador como de quien la aplica que es el administrador) aquellas causas que puedan hacer imposible la ejecución material de las normas, logrando que exista un mayor equilibrio entre el espíritu del legislador, la norma emitida y su plena ejecución. Es por ello que coincidimos con GÓMEZ PUENTE en su definición de inactividad (excluyendo claro está, la inactividad jurídica referida a la inactividad formal), indicando que "la inactividad debe definirse a partir de la constatación de una omisión por la Administración de toda actividad, jurídica o material, legalmente debida y materialmente posible."⁴¹ Asimismo, no toda actividad debe ser contemplada como inactividad material, ya que sólo debe serlo, aquella actividad que tenga repercusión **ad extra**, "externa a la misma organización: cuando la actividad de los órganos recae sobre otros sujetos jurídicos, individual o colectivamente, y puede serle imputada a la Administración en cuanto sujeto de Derecho. En los demás casos, la actividad material de los órganos repercute sobre la misma organización administrativa y en ella agota su eficacia lo que, a falta de trascendencia externa, excluye su imputabilidad a la Administración, sujeto jurídico".⁴²

⁴¹ GÓMEZ PUENTE, Marcos, *La inactividad de la Administración Pública*, op. cit., p. 60.

⁴² GÓMEZ PUENTE, Marcos, *Ibidem*, p. 62.

Así las cosas, nuestra noción de regulación normativa se circunscribirá únicamente a aquel tipo de inactividad que desliga el actuar externo y el actuar interno de las organizaciones administrativas, en tanto la primera repercute materialmente en la esfera del particular, sin olvidar y dejar de lado -a efectos de sentar también una responsabilidad administrativa- aquel tipo de acciones que directamente no estén afectando el ámbito material o de derechos del particular, pero que sí constituyen acciones preparatorias y de formación (por ejemplo la potestad reglamentaria), y acompañan a esa actividad material final, que en modo alguno podríamos dejar fuera de la esfera de la legalidad y de la imputabilidad objetiva jurídica, en determinación de los mismos principios de eficacia y legalidad que inspiran **todo** el actuar administrativo.⁴³

Como lo expresa GARCÍA DE ENTERRÍA, refiriéndose a la actividad técnica de la Administración, "tal actividad se cumple por las organizaciones administrativas, las cuales pueden, o bien contratar su realización por terceros (sistema del contrato administrativo, contratos de obras, de proyectos, concesiones, servicios personales, etc.), con el mismo efecto de apropiación de sus frutos según la técnica contractual concreta de que se trate; o bien prestarla a través de sus propios medios (gestión directa, incluso a través de entes instrumentales); **en cualquier caso, la ordenación y organización de**

⁴³ Para MERK, citado por GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, T. I, *op. cit.*, pp. 430-431, "no sólo la Administración, considerada en su conjunto, está condicionada por la existencia de un Derecho Administrativo, sino que también cada acción administrativa aislada está condicionada por la existencia de un precepto jurídico-administrativo, que admita semejante acción (...) si una acción que pretende presentarse como acción administrativa no puede ser legitimada por un precepto jurídico que prevea semejante acción, no podrá ser comprendida como acción del Estado."

tal actividad es siempre una responsabilidad directa."⁴⁴ (El destacado no es del original).

B) Provocación de lesión.

Esta ilegalidad que hemos comentado, no es más que la producción de una **lesión** a la esfera jurídica de los particulares (de derechos subjetivos e intereses legítimos), y en cuanto no entrañe una lesión directa y convertible, el sistema no es efectivo para tutelar verdaderamente al particular, considerándose por el contrario, un mal menor que no precisa de la activación de un proceso jurisdiccional contencioso administrativo. Todo ello en ocasión de que nuestro sistema procesal se basa en una tutela subjetiva, en la que la legalidad de la acción administrativa se hace ante la invocación de un perjuicio o daño a los derechos e intereses personales, basados o fundamentados en actos administrativos."⁴⁵

Quizá, sea la opinión del profesor NIETO GARCÍA la que ofrezca una posición más apegada a la realidad, señalando "que en su formulación más elemental, se entiende que toda la actividad administrativa debe estar

⁴⁴ **GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón**, *Ibidem*, p. 784.

⁴⁵ Ante esto resulta interesante el modelo alemán que expone **GONZÁLEZ-VARAS IBAÑEZ, Santiago**, citado por **GÓMEZ PUENTE, Marcos**, *La inactividad de la Administración*, op. cit., p. 259, en el que se propone que el contencioso administrativo siga evaluando la legalidad de una conducta administrativa, en el seno de una relación jurídica pública, pero considera ésta, existente siempre que entre dos o más sujetos de derecho, exista una relación basada en una norma de Derecho Público. Véase también, **GABALDÓN LÓPEZ, José**, *La defensa jurisdiccional del administrado frente a la inactividad de la Administración*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1987, p. 297, en el cual cita alguna jurisprudencia de importancia a nuestro objeto.

sometida a la legalidad normativa y que, por otra parte, también está sometida a un control jurisdiccional posterior. La indicada conexión se articula en torno a los derechos subjetivos individuales, puesto que los Tribunales sólo se ponen en marcha en defensa de los mismos y sólo pueden revisar la legalidad de la actividad administrativa cuando, por su infracción, se ha lesionado un derecho individual; las ilegalidades administrativas, por muy graves que sean, dejan indiferentes a los Tribunales, si con ellas no se ha producido lesión de un derecho individual.⁴⁶

Si existiese inercia en la prestación de servicios públicos por parte de ése Estado Social de Derecho, como protagonista de la esencialidad en la relación bilateral con el administrado, el papel social vería deslucido su objetivo y rompería los esquemas y modelos de realización de los valores que la componen. Es por ello que se puede decir con todo acierto -como se expresó antes-, que no sólo la **inactividad** es causa de una fragante violación al principio de legalidad, sino que también la **ineficiente actividad** por alejamiento de los fines y objetivos a la satisfacción ciudadana. Y no es sólo que esa inactividad venga a lesionar al particular en su esfera jurídica, sino que por antonomasia, el Estado debe cumplir con una serie de deberes que le están asignados y no podría excudarse en la falta de control jurisdiccional, o en un control minimizado (o lo que es peor aún, en la involuntariedad o apatía del

⁴⁶ NIETO GARCÍA, Alejandro, *Estudios históricos sobre Administración y Derecho Administrativo*, op. cit., p. 155.

administrado de gestionar los medios que pudiera tener a su alcance por considerar a estos de escasa eficacia y mínima efectividad).

Valga decir, en relación a ésta última idea esbozada, que la Administración Pública recibe del ordenamiento, el poder-deber de sus funciones, así como su desarrollo e intensidad. Por medio de ese poder-deber se definen las funciones administrativas que integran su vocación servicial, estableciendo reglamentariamente el cómo debe conducirse (acción de los poderes reglados). Sin embargo, en muchas ocasiones se confunde por las autoridades, el desarrollo fáctico de sus potestades discrecionales (como contraposición a su actividad reglada en la que está clarificado los límites y alcances de su acción). Pero hemos de indicar, que esa libertad de disposición con la que cuenta el administrador en muchos de los casos que gestiona, no es absoluta, esa discrecionalidad debe ir condicionada al interés público al que sirve.⁴⁷

⁴⁷ En el punto III, del capítulo VIII se tratará el tema, sin embargo pueden verse entre otros autores que tratan profusamente este tema: **GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo**, "La lucha contra las inmunidades del poder, en el Derecho Administrativo (actos discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)", en Revista de Administración Pública, N° 38, mayo-agosto 1962, pp. 159 y ss.. **SÁNCHEZ MORÓN, Miguel**, *Discrecionalidad Administrativa y control judicial*, Edit. Tecnos, Madrid, 1994, p. 114. **RÍOS ÁLVAREZ, Lautaro**, "Los poderes discrecionales", en Revista de Administración Pública, N° 99, septiembre-diciembre 1982, p. 402. Referido al tema de la legislación alemana véase **GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago**, *Jurisdicción Contencioso-Administrativa en Alemania*, Edit. Civitas, primera edición, Madrid, 1993. **BELTRÁN DE FELIPE, Miguel**, *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Edit. Tecnos, Madrid, 1994, p. 80. Para **FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón**, *Arbitrariedad y discrecionalidad*, Edit. Civitas, primera edición, Madrid, 1991, p. 88, no debe dudarse que el margen de libertad decorosa que la discrecionalidad significa, ha de estar, en todo caso, condicionado por la norma general imperativa del cumplimiento de los fines de la Administración al servicio del bien común y del respeto al ordenamiento jurídico, ya que nunca es permitido, y al menos en el terreno del Derecho, confundir la discrecionalidad con lo arbitrario. Del mismo autor, véase: "Juzgar a la Administración también contribuye a Administrar mejor", en Revista española de Derecho Administrativo, N° 76 octubre-diciembre, 1992, pp. 524 y ss..

Piénsese de todas formas -como señala RIBERA RODRÍGUEZ-⁴⁸ en relación con el control jurisdiccional, que será distinto el control que se pueda ejercer sobre la Administración en relación con pretensiones prestacionales *strictu sensu*, es decir, aquellos que tienen por objeto la prestación de un servicio que el ordenamiento jurídico ha convertido en derecho subjetivo para los ciudadanos, de aquel que pueda recaer sobre ámbitos en los que la Administración cuenta con un margen de discrecionalidad mayor, donde el control queda limitado a la constatación de la ausencia de vicios en el ejercicio de dicha discrecionalidad.

Todas estas circunstancias obligan a hacerse eco de una serie de posturas doctrinarias,⁴⁹ en el sentido de hacer una exhaustiva revisión de los medios que, como particulares tenemos a nuestro alcance en tutela de nuestros derechos, esencialmente ante las omisiones administrativas,⁵⁰ campo que siempre ha sido la "cenicienta" de las regulaciones normativas.

⁴⁸ **RIBERA RODRÍGUEZ, Teresa**, "La defensa frente a la inactividad y la vía de hecho administrativas en el anteproyecto de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 16 de enero de 1995", *op. cit.*, p. 463.

⁴⁹ Entre ellos: **TORNOS MAS, Joaquín**, "La situación actual del Proceso Contencioso Administrativo", en Actualidad y perspectivas del Derecho Público a fines del Siglo XX, T. II, Edit. Complutense, Madrid, 1992, p. 1224.

⁵⁰ Parte importante a destacar de esta materia (pero no contemplativa del problema principal, cual es la inactividad material), es la relacionada a la Responsabilidad Administrativa que genera la lesión o el daño de la omisión de parte de la Administración Pública y que gran parte de la doctrina ha sido generosa en su tratamiento; así, véanse entre otros, lo dicho por: **GÓMEZ PUENTE, Marcos**, "La Responsabilidad por inactividad de la Administración", *op. cit.*, p. 145. **LEGUINA VILLA, Jesús**, "La reforma de la ley de la jurisdicción contencioso administrativa: planteamiento general", en Revista del Poder Judicial, N° 39, p. 228. **GABALDÓN LÓPEZ, José**, *La defensa jurisdiccional del administrado frente a la inactividad de la Administración*, *op. cit.*, pp. 295 y ss.. **MARTÍN REBOLLO, Luis**, "La Administración de garantías: vigencia y limitaciones", *op. cit.*, 53. Véase también sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 1988 (Arz 3962).

En todo caso, la dirección sustancial del sistema es la tutela de **toda actividad administrativa**, en una constitución clara y precisa del objeto del contencioso-administrativo. La omisión, aparte del "deber ser" de una actuación determinada de la Administración, debe ser una omisión que constituya **ilegalidad antijurídica**,⁵¹ porque no todo tipo de "**ausencia de actividad**" es constitutiva de violación jurídica, sino por el contrario, en muchas ocasiones la Administración Pública no actúa de determinada manera o no actúa del todo, porque el mismo ordenamiento se lo prohíbe o le indica la manera de hacerlo (sujeción al principio de legalidad y al principio de autovinculación de la Administración, que sujeta a ésta al cumplimiento y ejecución de las disposiciones y actos administrativos que produce).

El ajuste constitucional que debe experimentar **todo** el actuar de la Administración Pública, debe ser en tal proporción que asegure las libertades y derechos públicos de manera tal que el Estado Social debe ser un Estado garantizador y no solo productor (papel del legislador); debe promover y garantizar la ejecución de las normas y de las actividades prestacionales que de ella se deriven, que son en definitiva las que determinan la relación objetiva entre el Estado y sus individuos. Y claro está, no sólo se trata aquí del papel que debe jugar la Administración, sino el legislador desde la fuente normativa de su generación, ya que en él se depositará la demanda primaria de las prestaciones a las cuales la sociedad, por imperativo, requiere de darle

⁵¹ Véase al respecto la sentencia del Tribunal Supremo 294 de 7 de noviembre de 1994, Fundamento Jurídico 4, que considera que no puede excluirse que la inactividad administrativa puede incurrir en ilegalidad y afectar a los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos.

configuración normativa, para que sea la Administración quien ejecute; sin embargo, éste tipo de inactividad referida al legislador, constituirá tratamiento aparte de la presente investigación.⁵²

- Breve referencia a la "Huida del Derecho".

Como paralelismo dogmático y sin entrar en profundas consideraciones teóricas por no ser el tema de la presente investigación, son también pertenecientes de ese **deber administrativo** (por lo que también debe responder y responsabilizarse la Administración pudiendo ser fuente productora de "lesiones"), aquellas actividades que encierran lo que algunos autores llaman la "huida del Derecho Público al Derecho Privado",⁵³

⁵² Referido a la inactividad del legislador puede verse el trabajo de **GÓMEZ PUENTE, Marcos**, *La inactividad del legislador: una realidad susceptible de control*, Edit. Mc Graw Hill, Madrid, 1997.

⁵³ Véase en este tema: **SALA ARQUER, J.M.**, "Huida del Derecho Privado y huida del Derecho", en *Revista Española de Derecho Administrativo*, N° 75, julio-septiembre 1992, pp. 399-413. **GÓMEZ PUENTE, Marcos**, *La inactividad de la Administración*, op. cit., p. 56. Sin embargo, y como posición dogmática en contrario, se cita lo que al respecto señala **DROMI, Roberto**, *Derecho Administrativo*, op. cit., pp. 58-59, postura que avalamos en cuanto a que no podríamos hablar de una "huida" sino de una "transformación" en la relación individuo-Estado, pues ello implicaría -como ha sucedido- un abandono en el control que de esa actividad se realice; a la letra dice que: "...se está configurando una nueva relación entre el Estado y el individuo, pero ello de ningún modo significa una huida del derecho administrativo; por el contrario, hay sí una transformación del derecho administrativo puesto que él es una pieza clave entre Estado e individuo. Pensar en una huida de esta rama del derecho que en otros términos implicaría una "privatización" de la actividad de la Administración Pública, implicaría consentir un "ablandamiento de la función de fiscalización y de orientación del Estado como garante del bien común". Para **GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo** y **FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón**, *Curso de Derecho Administrativo*, T. I., op. cit., p. 397, la huida del Derecho Administrativo debe verse desde una perspectiva restringida en cuanto a pesar de darse una forma privada de servicios y actuaciones públicas, sigue estando bajo la tutela y sometimiento del Derecho Administrativo; al respecto dice: "La creación, la dirección, las instrucciones o directrices determinantes de la gestión de los entes de la Administración, por más que se revistan de forma mercantil o que actúen *ad extra* en régimen jurídico privado, son siempre, y no pueden dejar de ser, actos administrativos de la Administración última de tutela, que es ya, inequívocamente, una organización pública sometida necesariamente al Derecho Administrativo."

consistente en actividades públicas que son ejercidas dentro de la esfera de empresas pertenecientes al Derecho Privado, pero que no por ello dejan de ser un deber y un cometido público y, si la inercia parte de quien tiene su obligación primaria (el concesionario, contratista, etc.), cabrá responsabilidad en quien debe controlar la esfera de actuación de estos y que normativamente delega pero no es ajena a ella. Es, en otras palabras, parte de la teoría de la descentralización funcional en la que muchas de las actividades que corresponde desarrollar al Estado,⁵⁴ las encomienda a entes privados que las ejerzan, de esta forma se relocaliza la actividad o misión del Estado y se desarrollan los nuevos derechos de los individuos, pero, eso sí, parte de la doctrina se decanta por someter ese tipo de actividad y consiguientemente la inactividad material en la que pudiera incurrir, a un riguroso control de la legalidad.⁵⁵

No desconocemos que mucha de esa inactividad *ad intro* que se viene dando como un fenómeno del actuar y devenir público de la Administración,

⁵⁴ Véase **VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, Alfonso**, "Crisis y renovación en el contencioso administrativo español", en Revista del Poder Judicial, N° 36, p. 286, posición que denota la crisis que hoy vive el contencioso administrativo en España.

⁵⁵ En este orden, **LEGUINA VILLA, Jesús**, "La Reforma de la ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa: planteamiento general", *op. cit.*, p. 221, expresa que en referencia al anteproyecto de Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 1995 (el cual no ha cambiado sustancialmente del actual proyecto) y de la cual él presidió la comisión de elaboración, "la reforma del Contencioso Administrativo puede ser una buena ocasión para, desde la perspectiva del control jurisdiccional, poner un cierto freno a ese proceso de privatización acelerada sometiendo a control de la jurisdicción contencioso-administrativa la observancia de los principios que inspiran la contratación pública en la celebración de ciertos tipos de contratos por entes públicos privatizados. No de todos los contratos, obviamente; no se trata de publicar por la vía de la Jurisdicción Contencioso Administrativa la actividad privada, lícitamente privada y sujeta al Derecho Privado de las Administraciones Públicas, sino de sujetar a un control judicial efectivo los contratos de obra y suministros directamente vinculados a fines de utilidad pública que celebren entes públicos bajo personificación privada. Se trata, dicho en un concepto sintético, de someter pura y simplemente al control judicial, porque, de *facto* al menos, parece que en este momento no existe control judicial alguno en este punto...".

puede ser motivo (que en muchas ocasiones lo es) de sujeción de formas de inactividad material **ad extra**, es decir que mucha de la precariedad, omisión y carencia con las que actúa la Administración son generadoras finalmente de la omisión de una prestación al sujeto, sin embargo, nos limitaremos aquí a la dilucidación de aquella imprestabilidad final de acciones de servicio público, de parte de los órganos administrativos a los particulares que tienen derecho a ella como consecuencia de un acto, norma legal o reglamentaria o bien convenio que se lo otorgue jurídicamente.⁵⁶

Por todo lo anterior, la sumisión del Derecho debe ser plena, tanto en su actividad directa como indirecta y por consiguiente, debe responder en igualdad de condiciones, como garante de **toda** la actividad administrativa, cuando un delegado ha dejado de actuar ante una actividad que le es inherente.

C) Consideración dentro del concepto de inactividad: obligaciones de dar, de hacer y de no hacer.

Dentro de la inactividad que analizamos, nos hemos referido a un tipo de **omisión, de inercia, de carencia** en el despliegue del **deber de actuar** por parte de la Administración, de falta de desarrollar una **actividad prestacional**, sin embargo, también tenemos que referirnos a un concepto de inactividad material más amplio, cubriéndose aquel tipo de acciones que no sean

⁵⁶ Para efectos de ahondamiento sobre el punto relativo a la inactividad indirecta o ausencia de actividad como conjunto de hipótesis de diferentes tipos de inactividad administrativa, véase **GÓMEZ PUENTE, Marcos**, *La inactividad de la Administración*, op. cit., p. 64.

precisamente de hacer, sino también de **dar** o bien de **no hacer**. La composición jurídica de la actividad administrativa contempla conductas activas o pasivas, como declaraciones de voluntad destinadas a la producción de efectos jurídicos previamente determinados, o bien del desarrollo de conductas materiales que por ley están clarificadas y delimitadas; así, la Administración Pública contará con una amplísima gama de deberes que debe acatar y ejercer, y desde esta perspectiva estará determinada su obligatoriedad y los medios e instrumentos jurídicos que el ordenamiento ponga al alcance del particular para combatirla. Lo que vamos a pretender en última instancia, es el cumplimiento de una obligación estatal, pudiendo ser compelida bajo formas de dar, de hacer o de no hacer.⁵⁷

En las dos primeras formas de manifestación jurídica, estarán comprendidos aquellos casos de tipicidad en omisiones o inactividades en que incurre normalmente la Administración Pública: por ejemplo, no se presta el servicio público de recolección de basuras (un hacer); no se da una subvención (un dar). Se trata en definitiva, de órdenes a fin de que se realicen actos en sentido positivo-prestacional (siguiendo nuestra propia conceptualización del término) necesarios para restablecer el derecho infringido. En el tercero de los casos, es decir en situaciones de “no hacer”, se comprenderían aquellas acciones que estén causando algún perjuicio al particular, aquí más bien la actividad prestacional desplegada no es la debida.

⁵⁷ **GONZÁLEZ-VARAS IBAÑEZ, Santiago**, *Problemas procesales actuales de la jurisdicción contencioso-administrativa*, op. cit., p. 28.

De esta forma, lo importante de destacar es que la Administración, en su *función administrativa*, abarca más que los actos y las disposiciones que dicta la Administración, prestando servicios y desarrollando actividades materiales y técnicas, realiza conductas negativas (la inercia y el silencio) y las acciones de los administrados, así como las posibles condenas de los Tribunales pueden ser dirigidas a conductas de dar, de hacer o de no hacer.⁵⁸

D) *Obligación normativa del deber de actuar (Principio de Legalidad).*

Si decimos aquí que hay toda una disposición normativa a la que tiene que ajustarse la Administración Pública en sus deberes legales, es porque la misma Constitución lo plasma en sus principios rectores, tales como el de la autovinculación positiva y el de la legalidad (artículo 9.3 Constitución Española). La obligación o el deber legal de actuar constituye el marco de legalidad y juridicidad para crear el sistema que pueda venir a compeler a la Administración a su final despliegue de actuación.⁵⁹ El Estado como garante de la legalidad en la actividad prestacional, postula el cumplimiento final de sus cometidos y enfoca su rigurosidad al sujetarse a lo que indique el ordenamiento jurídico, quedando claro que su actuación no puede en ningún momento ser arbitraria, ni ser desplegada de una forma antojadiza ni ilegal (legalidad-discrecionalidad-arbitrariedad).

⁵⁸ **ORTÍZ ORTÍZ, Eduardo**, "Legalidad y Constitucionalidad en la Justicia Administrativa Costarricense", en Actualidad y perspectivas del Derecho Público a fines del Siglo XX, T. II., Edit. Complutense, Madrid, 1992, pp. 1130-1131.

⁵⁹ **MARTÍN REBOLLO, Luis**, "La Administración de garantías, vigencias y limitaciones", *op. cit.*, p. 47.

En otras palabras, **todas y cada una de las funciones estatales en su actuar** (comprendidas en lo que "hace" y en lo que "debe hacer" y no hace la Administración en sus relaciones con los particulares) deben estar acordes y de conformidad con lo indicado por el ordenamiento jurídico relacionado con los derechos subjetivos e intereses legítimos de los particulares, inspiradores de las normas y que su pasividad resulte contraria a un derecho.⁶⁰ En palabras de NIETO GARCÍA, resulta que "a despecho de verbalizaciones políticas, el centro del sistema administrativo no está en la ley sino en los derechos individuales, puesto que la ley, en último extremo, no es más que el soporte generador de estos derechos o, si se quiere, la cobertura jurídica de unas situaciones individualizadas impuestas por la realidad social. Su objetivo primero (principio de legalidad) consiste, sencillamente, en someter el Poder Ejecutivo a la soberanía del Legislativo."⁶¹

Por otra parte, el mencionado **principio de legalidad** que rige el accionar público, establece la concordancia con el derecho que **deben revestir necesariamente todas las funciones y los actos estatales**, (entendiéndose aquí como acto estatal en sentido amplio, todas aquellas emisiones de voluntad manifestadas expresamente). Hacemos especial énfasis en las funciones en cuanto a deberes que tiene la Administración Pública y que no realiza. Por ello, todas las actividades derivadas de las funciones que el Estado

⁶⁰ GABALDÓN LÓPEZ, José, *La defensa jurisdiccional del administrado frente a la inactividad de la Administración*, op. cit., p. 300.

⁶¹ NIETO GARCÍA, Alejandro, *Estudios históricos sobre Administración y Derecho Administrativo*, op. cit., p. 153.

desarrolla, deben sustentarse en normas jurídicas, independientemente de la fuente de que provengan. Con ello, a través de la relación jurídica administrativa que instaura una relación bilateral entre Administración y administrados (poderes-deberes), el principio de legalidad tutela y garantiza los derechos y deberes de la Administración y de los particulares, que supone además, que todas las actividades que despliegue o deje de desplegar la Administración Pública, deben de ser invariablemente rectificadas por la propia Administración, o bien deberán resultar ser susceptibles de impugnación por quien se sienta perjudicado, ante quienes tienen a su cargo el ejercicio de la función jurisdiccional.

Desde esta óptica parece oportuno recordar pues, que la legalidad no debe ser interpretada como una simple exigencia impuesta a la Administración, o que pueda derivar -como bien lo señalan prestigiosos tratadistas extranjeros⁶²- de "su condición de organización burocrática y racionalizada"; es también antes que eso, una técnica de garantizar la libertad. Toda actuación administrativa que fuerce a un ciudadano a soportar lo que la ley no autoriza, o le impida hacer lo que la ley permite, no es sólo una acción ilegal, es una agresión a la libertad de dicho ciudadano. Bajo esta tesitura, serán agresiones aquellas actuaciones o prestaciones que requieran los particulares por parte de la Administración Pública, si ésta no las realice, incurriendo entonces en la figura de la inactividad. Tanto será ilegal un acto administrativo emitido sin la

⁶² Por ejemplo, **SANTIAGO TAWIL, Guido**, *Administración y justicia. Alcance del control judicial de la actividad administrativa*, op. cit., p. 47.

tutela de una norma jurídica que lo fundamente, como un acto que le demanda a la Administración una actuación determinada y no lo hace.

En concierto con lo indicado, ha señalado SANTIAGO TAWIL, que toda actividad administrativa debe procurar, como es bien sabido, la satisfacción concreta del interés público, del bien común, en tanto de ello depende en forma directa la legitimación última del obrar estatal. En esas condiciones, tanto lo que el acto dispone (su objeto), como el fin que persigue en concreto, deben conformarse con las normas superiores que condicionan el obrar administrativo, desde aquellas que fijan la competencia del órgano, hasta las superiores a las que se encuentran subordinadas -como la Constitución- que determinan en el derecho positivo las finalidades que debe perseguir el Estado. No cabe duda, pues, que bajo el imperio del principio de legalidad, la voluntad de la Administración Pública es la voluntad de la ley -jamás viceversa- y su dirección debe necesariamente ser el interés público.⁶³

Al establecerse una doble exigencia,⁶⁴ una en la prohibición de actuar (exigencia negativa) y otra en la necesidad de que la Administración obre o actúe adecuadamente cuando así se lo impone el ordenamiento jurídico (exigencia positiva), el principio de legalidad se convierte entonces en una garantía que debe establecerse en todo ordenamiento jurídico, para asegurar

⁶³ SANTIAGO TAWIL, Guido, *Ibidem*, p. 235.

⁶⁴ DEBBASCH, Charles, citado por SANTIAGO TAWIL, Guido, *Ibidem*, p. 43.

así al ciudadano que la Administración estará "controlada" tanto en su actuar, como en su inactividad ilegalmente ejercida.

En esto -como dice GÓMEZ PUENTE- se trataría, pues, no tanto de que la Administración sólo *pueda* hacer aquello que le autoriza la ley, como de que *tenga* que hacerlo si la falta de actuación administrativa obstaculiza en cualquier modo el interés público definido por la ley. Lesión al interés público de la que no puede desvincularse el ámbito de lo particular, pues éste participa de aquél y ambas esferas de interés difícilmente pueden resultarse indiferentes.⁶⁵

La formulación legal entonces, de cada uno de las actividades a las que está obligada la Administración, determina las relaciones jurídicas que deben mediar entre administrado y administración y, en ese marco de relación jurídica, la inactividad relega a la juridicidad y limita las relaciones subjetivas. Esa inacción del **deber u obligación de actuar** somete un canal de imprecisión a la norma jurídica que no encuentra su forma de expresión singular y objetiva, así, la regla jurídica no se realiza en su expresión de la voluntad.

Es claro que para que la norma y por consiguiente el titular de un derecho-deber, puedan expresarse, el mismo ordenamiento le ha hecho consignación de una potestad funcional fragmentaria del poder político de la

⁶⁵ GÓMEZ PUENTE, Marcos, *La inactividad de la Administración*, op. cit., p. 79.

Administración y que es precisamente la que se ejerce de manera contraria al Interés Público al que está dirigida. Dicha potestad es por medio de la cual la Administración, pone en práctica el servicio prestacional a la sociedad y por medio de la cual también el particular puede hacerle saber que está siendo mal empleada.

La sujeción a la que debe verse sometida, estará relacionada con la satisfacción de las prestaciones que debe cumplir y para ello, es determinante la **potestad funcional** (conferida por el mismo orden jurídico), poder por medio del cual se hace manifestación del debido cumplimiento de los deberes; pero si aquí decimos que hay **potestad** para poder compeler y sujetar la voluntad del administrado, a *sensu contrario*, también el ente ejecutor o administrador de la normativa, trátase de la Administración Pública, estará compelido y sujeto a cumplirla también y en toda su extensión material, con el despliegue de los instrumentos y medios que el mismo sistema ha puesto a su alcance.⁶⁶

La **potestad funcional** vendrá referida a la noción del servicio público que tiene que dar la Administración, potestad en el sentido de la vinculación a la que está sometida la Administración, la sujeción al interés de la colectividad, de allí que queramos hacer una disgregación conceptual del término potestad

⁶⁶ Sobre este tema en específico, me remito a los trabajos elaborados por: **GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón**, *Curso de Derecho Administrativo*, T. II, cuarta edición 1993, reimpresión 1994, Madrid, p. 31, al definir la potestad como "una manifestación de la personalidad, consistente en un poder efectivo, atribuido directamente por el ordenamiento, previo, por lo tanto, e independiente de toda relación jurídica concreta, y susceptible, por esa razón, de desplegarse y actuar frente a círculos genéricos de personas, que, respecto del titular de dicho poder, se encuentran en una situación de sujeción..."

funcional **en potestad funcional prestacional**, no en la vía de permitir un mayor arraigo de la teoría de la discrecionalidad por medio de la cual esa **virtud potestativa** le confiera la decisión de la prestación, sino que por el contrario, a razón de ser de un poder-deber que es intrínseco a su naturaleza y le compela a la acción de la prestación debida según el ordenamiento jurídico. Al establecer este paralelismo entre potestad y obligación, entendidas en el binomio de deber y poder, queremos dar a entender, que si la Administración incurre en omisiones a sus deberes constitucionales en la norma y estas se tratan de prestaciones de un servicio debido al particular, esta inactividad material tendría su fundamento en la misma facultad que le otorga el sistema, facultad que no lo es para intransigir en sus ventajas en detrimento del ciudadano, sino por el contrario, para ser sujeto de imputación jurídica ante la carencia de actuación debida.

III. LA INACTIVIDAD MATERIAL COMO FORMA DE CONFIGURARSE LA DESVIACIÓN DEL PODER.

Si dentro de las funciones constitucionalmente delegadas a la función Administrativa, está la de su sometimiento a los fines que la justifican y por medio de su inactividad material causa un daño, no cabría duda que el Ejecutivo incurre en una infracción al ordenamiento y en una desviación del poder otorgado. Por tanto, es una situación que legitima la intervención del órgano jurisdiccional a fin de resarcir (tanto *in natura* como indemnizatoriamente) él o los derechos indebidamente lesionados, porque los derechos -y no sobra repetirlo-, no pueden constituir meras declaraciones del

legislador, por eso es que deben ser cumplidos por quien tiene esta tarea, que en el presente caso es la Administración Pública. Si esta última, sin causa debidamente justificada deja sin contenido un derecho bajo la inacción, en nuestro criterio, ello es configurativo de abuso de poder.

Los órganos administrativos justificarán su inacción en el tanto ésta esté fundada en el ordenamiento jurídico. No hay margen posible frente a la ley ni finalidad legítima al margen de ésta.

En otras palabras, la desviación de poder constituye el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico.⁶⁷

A pesar de su extensión, quizá no resulte impertinente ni sobrante, lo dicho por la Jurisprudencia en ocasión a la consideración a las omisiones administrativas como una forma de la desviación de poder, en la Sentencia del Tribunal Supremo del 2 de diciembre de 1993 (Sala 3, Sección 7):

⁶⁷ Para **MENÉNDEZ PÉREZ, Segundo**, "El principio de eficacia de la función administrativa. Virtualidad práctica: estudio jurisprudencial", en Cuadernos de Derecho Judicial (eficacia, discrecionalidad y control judicial en el ámbito administrativo), VV. AA. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994, p. 36, señala que para la configuración de la desviación de poder, debe también abandonarse la invocación a la eficacia de la actuación administrativa, y tomarse en cuenta el que la Administración se aparte de los fines que justifican su actuación: "En modo alguno cabrá invocar la eficacia de la actuación administrativa, por muy loable que sea el fin, logro o resultado perseguido, si éste se aparta del previsto y fijado por la norma atributiva de la potestad que se actúa; tal actuación habrá vulnerado el principio de legalidad, cuyas consecuencias priman sobre las exigencias del principio de eficacia. La ilegalidad de la desviación de poder por inactividad de la Administración (...) es una conclusión que ha de entenderse reforzada por más de las exigencias del principio de eficacia." Igual deducción legislativa, encontramos en el Derecho Costarricense al ver el artículo 1.3 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de Costa Rica, N° 3667, que a la letra dice: "Constituirá desviación de poder el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por la ley."

"La desviación de poder, conectada con las facultades de control de los Tribunales sobre el ejercicio de la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa y el sometimiento de ésta a los fines que la justifican (art. 106.1 CE), viene definida en el art. 83.3 LJCA, de cuyo concepto se extraen las siguientes características: a) el ejercicio de potestades administrativas abarca, subjetivamente, toda la diversidad de órganos de la Administración Pública; b) la actividad administrativa tanto puede consistir en un hacer activo como en una deliberada pasividad, cuando concurre en el órgano administrativo competente una obligación específica de actuación positiva; c) aunque el terreno más apropiado para su desarrollo es el de la actividad discrecional de la Administración, no existe obstáculo que impida su aplicación a la actividad reglada, pues si el vicio de desviación de poder es más difícil aislarlo en el uso de las facultades regladas, no lo es menos que nada se opone a la eventual coexistencia de vicios producidos precisamente para encubrir una desviación del fin público específico afirmado por la norma; d) la desviación de poder puede concurrir con otros vicios de nulidad del acto, pues si las infracciones legales tienen un trato preferente y deben resolver en primer término para restablecer por el cauce del recurso jurisdiccional el derecho vulnerado, lo cierto es que la existencia de otras infracciones en el acto administrativo no excluye, antes bien posibilita, la desviación de poder; e) en cuanto a la prueba de los hechos que conforman la desviación de poder, siendo grave la dificultad de la prueba directa, resulta viable acudir a las presunciones, que exigen datos completamente

acreditados (artículo 1249 CC) de los que con un enlace directo, según las reglas del criterio humano, derive la persecución de un fin distinto del previsto en la norma; f) la carga de la prueba de los hechos que forman el soporte de la desviación de poder incumbe a quien ejercita la pretensión de reconocimiento del defecto invalidatorio del acto, sin olvidar que la regla general del art. 1214 CC puede intensificarse o alterarse aplicando el criterio de la facilidad, en virtud del principio de la buena fe en su vertiente procesal, y g) la necesaria constatación de que en la génesis del acto administrativo se ha detectado la concurrencia de una causa ilícita, reflejada en la disfunción manifiesta entre el fin objetivo que emana de su naturaleza y de su integración en el ordenamiento jurídico y el fin subjetivo instrumental propuesto por el órgano decisorio."

Sin embargo, a pesar de lo dicho, en la práctica la figura de la desviación de poder ha sido tratada con suma cautela, quizá timidez, pereza o excesivo formalismo -así llamada por CHINCHILLA MARÍN-,⁶⁸ por lo que aún el trabajo por el convencimiento a los órganos jurisdicciones está en ciernes y la doctrina es quien debe seguir insistiendo, a fin de plantear la efectividad con la que se deben exigir las prestaciones a la Administración Pública, evitando que con su poder puede vulnerar los derechos de los ciudadanos.

⁶⁸ **CHINCHILLA MARÍN, Carmen**, *La desviación de poder*, Edit. Civitas, primera edición, 1989, pp. 39 y 120 donde dice: "desviación de poder es una infracción del ordenamiento jurídico como otra cualquiera, y nada puede justificar este papel secundario al que viene siendo relegada por los Tribunales". También el profesor **GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús**, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa*, segunda edición, Edit. Civitas, Madrid, 1994, p. 1052, se ha referido al asunto al indicar que a pesar de tantos esfuerzos del legislador es tan restrictivo el criterio jurisprudencial y tantas las exigencias para estimar tal motivo, que puede considerarse que la desviación sigue inédita en nuestro ordenamiento jurídico.

En consonancia con lo anterior, aunque el artículo 103 constitucional establezca que debe haber un ejercicio de potestades, es decir "actuación" para que se configure la desviación de poder no es necesario un ejercicio de sus voluntades -que sería la configuración del acto administrativo como tal-, sino que es precisamente el **no ejercicio** de sus potestades y facultades para hacer cumplir el derecho demandado por el legislador, dejando de ejercer una obligación para servir a un fin diverso al que debería atender, cual es la satisfacción plena de los derechos de los administrados.⁶⁹

⁶⁹ Véase **SORIANO GARCÍA, J.E.** "Hacia el control de la desviación de poder por omisión", en Revista de Derecho Administrativo, N° 40-41, p. 189. También **CHINCHILLA MARÍN, Carmen**, *La desviación de poder*, op. cit., p. 43. Si tal y como lo ha señalado la jurisprudencia del Tribunal Supremo en sentencia de 10 de mayo de 1983, Sala 5ª, (Arz. 2539), ponente Sr. D. Pablo García Manzano, habría desviación de poder y bastará con que se distorsione el fin, entonces con muchísima más razón habrá distorsión cuando exista inacción administrativa: *"Que la desviación de poder no precisa, dentro del apartamiento de los fines prescritos por el Ordenamiento Jurídico, acordes con los principios de la institución de que se trate, que los fines perseguidos sean espúreos en el sentido de dirigirse contra determinadas personas, (...) o que se utilicen en beneficio de los agentes administrativos autores de los actos administrativos a los que tal vicio se achaca, es decir, no se requiere la concurrencia de móviles subjetivos, sino que basta, como la doctrina ha destacado, con que se distorsione el fin concreto de interés general que la norma marca a la Administración actuante, tratando de lograrse otro diverso, por plausible que éste sea."*

Ver también Sentencia del Tribunal Supremo del 1 de octubre de 1982, Sala 5ª (Arz. 5835), Ponente: Sr. D. Pablo García Manzano, especialmente en el considerando segundo, al decir que: *"la desviación de poder aparece determinada en el art. 83 de la Ley jurisdiccional como "el ejercicio de las potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico", precepto reiteradamente interpretado por el T. S. -entre otras, en SS. de 8 de octubre de 1970 (RJ 1970/4012) y 1 de julio 1971 (RJ 1971/3272)- en el sentido de que supone la existencia de un acto ajustado a la legalidad extrínseca, pero que no responde en su motivación interior a la finalidad de la actuación administrativa, encaminada a la promoción del interés público y sujeta a ineludibles imperativos de moralidad; y teniendo en cuenta que la Administración ejerce sus potestades con arreglo a Derecho, es imprescindible que la persona que alega que el Órgano administrativo se apartó del cauce jurídico que estaba obligado a seguir, debe demostrar la concurrencia de los supuestos de hecho a que tal precepto hace referencia, no siendo suficiente oponer a dicha presunción meras conjeturas o sospechas, sino que habrán de proporcionarse en el recurso los datos necesarios para crear en el Tribunal la convicción moral de que, aún cuando la Administración se haya acomodado exteriormente en su actuación a la legalidad formal, sin embargo el fin perseguido por el acto impugnado se aparta del interés público..."*. A pesar de que la anterior resolución esté referida entre otras situaciones a los medios en que se debe probar la desviación de poder por quien la alegue, resulta claro y evidente que ante una inejecución sin causa de las resoluciones judiciales, no existe mayor prueba que la misma inexistencia de actos materiales que vengán a satisfacer el derecho vulnerado.

Entonces, una forma más de fiscalizar las "actuaciones" administrativas, la encontramos en el control que se haga del poder que tiene conferido el órgano administrativo al apartarse éste de los fines previamente señalados por ley. Pues bien, parece claro que la Administración con su inactividad puede incurrir en desviación de poder, ya que es perfectamente posible que intencionadamente deje de actuar una potestad, para que no se alcance el fin de interés público tutelado por la norma que le ha atribuido dicha potestad. Es más, cada vez que la Administración permanece pasiva, tratándose de una actuación debida, está por definición incumpliendo el fin al que debería servir.⁷⁰

Así, los presupuestos de configuración de la desviación de poder serían en su orden:

- 1) Que se dé el supuesto de hecho definido por la Ley para que pueda decirse que la Administración debía ejercer la potestad de que se trate;
- 2) Que el administrado obtenga beneficios de ese ejercicio o, lo que es igual, que sea titular, de un derecho subjetivo o interés legítimo respecto del mismo, y
- 3) Que aquél haya solicitado de la Administración que actúe en un determinado sentido, ya que -como es sabido- el acto previo, expreso o

⁷⁰ **CHINCHILLA MARÍN, Carmen**, *La desviación de poder*, op. cit., p. 44, donde cita y se detiene en su análisis en apoyo a su argumentación las sentencias del Tribunal Supremo de 5 de octubre de 1983, Sala 5º (Arz. 4829), ponente: Sr. D. Ángel Falcón García, y de 3 de febrero de 1984, Sala 5º (Arz. 613), ponente: Sr. D. José Moreno Moreno. Por otro lado, aún si consideráramos la diferenciación entre potestades administrativas regladas y no regladas para deducir de ellas la discrecionalidad, diríamos con **CASADO CASADO, Lucía**, "El control de la discrecionalidad administrativa en el Derecho Comunitario Europeo", en Revista Vasca de la Administración, Nº 44, Volumen I, enero-abril 1996, p. 122, que: "No obstante, difícilmente existirán potestades administrativas completamente regladas, por lo que siempre existirá un margen de apreciación por parte de la Administración que permita alegar la supuesta desviación de poder".

presunto, es requisito necesario para poder apreciar en vía de recurso cualquier infracción del ordenamiento jurídico que cometa la Administración Pública.⁷¹

Como corolario de lo anterior, podríamos decir que la inactividad material por sí misma considerada y sin justificación alguna, presupone entonces desviación de poder, restándole al Juez o Tribunal comprobar y determinar el no cumplimiento de los fines de la Administración. En este sentido y con respecto a lo dicho, discrepamos de lo expuesto por TRUJILLO PEÑA,⁷² en el tanto en su consideración resulta difícilísimo -rayando en la imposibilidad-, que a través del silencio se pueda saber si la Administración Pública incurrió en desviación de poder. Y no coincidimos con su criterio, porque no nos referimos aquí al elemento intencionalidad directa y expresa para deducir la figura de la desviación de poder, estamos remitiendo a la ilegalidad de "actuaciones-omisiones", a la comprobación del alejamiento a los

⁷¹ Véase **CHINCHILLA MARÍN, Carmen**, *La desviación de poder*, op. cit., p. 46. Posición muy similar la encontramos en lo expuesto en la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3º, Sección 7º, del 9 de junio de 1992 (Arz. 4794), ponente: Sr. D. César González Mallo. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3º, Sección 7º del 10 de marzo de 1993 (Arz. 1934), ponente: Sr. D. Marcelino Murillo Martín de los Santos. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3º, Sección 7º del 10 de mayo de 1991 (Arz. 4088), ponente: Sr. D. César González Mallo; al decir que: "La desviación de poder, definida por el art. 83.3 LJCA como el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los establecidos en el ordenamiento jurídico, ha sido matizada por la jurisprudencia, declarando: A) Es que es necesario un acto aparentemente ajustado a la legalidad, pero que en el fondo persigue un fin distinto al interés público querido por el legislador. B) Se presume que la Administración ejerce sus potestades conforme a Derecho. C) No puede exigirse, por razón de su propia naturaleza, una prueba plena sobre su existencia, ni tampoco fundarse en meras presunciones o conjeturas, siendo necesario acreditar la concurrencia de hechos o elementos suficientes para formar en el Tribunal de convicción de que la Administración acomodó su actuación a la legalidad pero con finalidad distinta a la pretendida por la norma aplicable."

⁷² **TRUJILLO PEÑA, J.** "La desviación de poder en relación con el recurso de apelación y el silencio administrativo", en *Revista de Administración Pública*, Nº 35, 1961, p. 163, citado por **CHINCHILLA MARÍN, Carmen**, *La desviación de poder*, op. cit., p. 47.

finés que debe cumplir la Administración en su devenir, y si partimos de que la inactividad material, la omisión, la inejecución de las resoluciones judiciales no es el fin último del ordenamiento jurídico -sino que por el contrario es materializar los derechos que constitucionalmente están expresados-, no habría género de duda de que allí se conforma la desviación aludida y por tanto resulta viable la intervención directa y sustitutiva del Juez.

La prueba puede ser constatable en relación directa con la verificación de la inexistente materialización del derecho del administrado. El juez deberá en todo caso -y cuando así lo impongan las circunstancias-, exigir a la Administración que le proporcione cuantos documentos, datos e información en general sean precisos, a fin de justificar su inactividad y con ello llegar a determinar si existió o no desviación de poder.⁷³

⁷³ A este respecto y en referencia al alejamiento del "actuar" administrativo a los fines que la justifican, como forma para darse la desviación de poder, se refiere la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de junio de 1990, Sala 3ª, Sección 6ª (Arz. 5577), ponente Sr. D. Jaime Barrios Iglesias, expresando en lo conducente lo siguiente: *"Sabido es que la desviación de poder se ocurre cuando, tal y como acertadamente define el art. 83.3 LJCA, se ejerciten potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico, fines que no es necesario que sean privados, de interés particular del agente o autoridad administrativa, sino que basta con que, aunque públicos, sean en todo caso diferentes de los considerandos, expresa o tácitamente, por la norma habilitante de la potestad para otorgarla, de suerte que se produce una divergencia entre éstas y los realmente perseguidos; y también es sabido que tal irregularidad teleológica lleva implícito un importante problema, cual es el de su prueba, de todo punto necesaria y que pocas veces se logra de una manera directa."*

CAPÍTULO II

ANÁLISIS DE LOS DIFERENTES SUPUESTOS QUE SE DERIVAN DE LA INACTIVIDAD MATERIAL ADMINISTRATIVA

CAPÍTULO II

ANÁLISIS DE LOS DIFERENTES SUPUESTOS QUE SE DERIVAN DE LA INACTIVIDAD MATERIAL ADMINISTRATIVA

I. PLANTEAMIENTO.

Tomando como punto de partida la noción y concepto que hemos dado de **inactividad material**, deben ahora analizarse las diferentes formas de manifestarse este tipo de inactividad o inercia administrativa, intentando de alguna forma perfilar, aislar y clasificar los diversos supuestos de inactividad material; no sin antes aclarar, que la siguiente clasificación se debe, a una configuración de las áreas en donde actúa el deber obligacional y prestacional de la Administración Pública, obedeciendo a un criterio unificador, con el fin de armonizar los efectos que produce la omisión prestacional de la Administración Pública en la esfera de los derechos e intereses de los administrados, y poder, en alguna forma, lograr la atenuación de esta forma de ilegalidad; incluyéndose además, en términos genéricos, otro tipo de clasificaciones que la doctrina ha hecho sobre la materia, que responden a su naturaleza jurídica general.⁷⁴

⁷⁴ Véase la clásica división realizada por **NIETO GARCÍA, Alejandro**, "La inactividad de la Administración Pública y el Recurso Contencioso Administrativo", *op. cit.*, pp. 75-126. También de manera general en: "La inactividad material de la Administración Pública: 25 años después", en Revista Documentación Administrativa, N° 208, abril-diciembre 1986. **GÓMEZ PUENTE, Marcos**, *La inactividad de la Administración*, *op. cit.*, p. 110. Sin embargo y en cuanto a la clasificación que nos ofrece NIETO clasificándola en inactividad material, formal y material positiva, coincidimos con GÓMEZ PUENTE, en el tanto refiere que dicha clasificación no constituye propiamente una clasificación a partir de criterios específicos, sino una muestra heterogénea no sistemática de las variedades del fenómeno.

De esta forma, las distintas manifestaciones reales de la inactividad material del Estado, pueden clasificarse analíticamente en dos grandes grupos de supuestos, dentro de los cuales podremos ir disgregando algunas categorías, para delimitar consecuentemente el alcance de la inactividad, sus consecuencias y la tutela jurisdiccional con que cuenta, a fin de poder combatir de algún modo este tipo de omisiones, determinando a su vez aquellos casos que requerirían de un sistema de control distinto al existente en la actualidad.

Primer grupo: Inactividad material en relación con la inejecución de actos administrativos propios de la Administración, y

Segundo grupo: Inactividad material ante "deberes" o "prestaciones" de obrar por parte de la Administración Pública, en donde no existe de previo un acto administrativo obligatorio y ejecutivo.

II. INACTIVIDAD MATERIAL EN RELACIÓN CON LA INEJECUCIÓN DE ACTOS ADMINISTRATIVOS PROPIOS DE LA ADMINISTRACIÓN.

La inactividad material viene dada en este tipo de supuesto, en la concreción del despliegue obligacional de la actividad debida y **reconocida previamente** por el ente administrativo. No importa, ni se tendrá en consideración si el acto es o no conforme a derecho porque la nulidad del acto no es aquí lo discutible, sino la conducta administrativa ilegalmente omitida,

centrándose el problema en la producción real y de hecho de la actividad debida y comprometida por la Administración.

Si en la inactividad formal se trata de una omisión dentro del seno de un procedimiento administrativo (teoría reaccional del silencio administrativo)⁷⁵ en este supuesto de inactividad, incluiríamos la carencia de acción administrativa expresada entonces de manera ilegal como omisión que es, al fin y al cabo, de un **deber** claramente definido y plasmado por la propia Administración. Esta tipología estaría fundamentada en el alcance subjetivo de los efectos que, en el derecho del particular tendría que desarrollar la actuación administrativa.

Se trata entonces de la omisión en la realización de una actividad técnica material o física en la que el particular cuenta con un derecho reconocido. No se trata pues de la declaración jurídica de una voluntad, de una situación o relación jurídica, porque ella ya está emitida formalmente, sino de la realización y concreción en la realidad, de los efectos jurídicos que demandó en su momento esa declaración jurídica de voluntad (y que continúa vigente hasta tanto no se lleve a la práctica la acción judicial),⁷⁶ que es, en otras palabras, la determinación de su voluntad y de los intereses públicos y privados a los que está afectada por la legalidad misma.⁷⁷

⁷⁵ **GÓMEZ PUENTE, Marcos**, *Ibidem*, p. 111.

⁷⁶ Relacionado en íntima conexión con la significación y alcance de los actos administrativos, véase de contenido general: **GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ Tomás Ramón**, *Curso de Derecho Administrativo*, T. I, *op. cit.*, p. 534. **DROMI, Roberto**, *Derecho Administrativo*, *op. cit.*, p. 202. **LIBARDO RODRÍGUEZ, R.**, *Derecho General y Colombiano*, Edit. Temis, octava edición, Santa Fe de Bogotá, 1995, p. 185.

⁷⁷ Esta "efectividad" de la que se viene hablando, referida a los deberes administrativos, puede darse en dos vertientes: una impositiva y otra de naturaleza otorgante. En la primera, se emiten una serie de actos administrativos imponiendo deberes y cargas a los administrados: los

Tal y como se expuso en el primer capítulo, la inactividad es omisión y es ilegalidad, antijuridicidad de no hacer algo debido. En el presente supuesto la Administración tiene claro -previamente- cual es su deber mediante la declaración de su propia voluntad (acto administrativo). Así, este tipo de inactividad material, se constituye en el supuesto de mayor tipicidad en nuestro sistema, por cuanto por sus especiales características es el que mayormente se podría hacer valer en la vía jurisdiccional, en el que está clarificado por un lado el deber omitido y por el otro, el derecho que le asiste al particular o administrado.

Un paso a considerar en el presente análisis, es el sistema normal y las características que determinan la ejecución de los actos administrativos otorgantes de derechos, lo que vendrá a determinar a su vez cuando es que la Administración incurre en la inejecución de sus propias resoluciones, transgrediendo con ello todo el sistema de garantías constitucionales en una tutela judicial efectiva al no encontrar reparo en el sistema.

tributos, los cánones de servicio, los deberes ciudadanos, deberes deducidos de la contratación administrativa, etc.. En la segunda, estarían comprendidos aquellos actos que son emitidos concediendo algún derecho al administrado, el cual previamente ha sido solicitado por el particular, verbigracia: puesta de un semáforo en un barrio, arreglo de una carretera o una acera, otorgamiento de una beca de estudios, subvenciones, etc..

1. Ejecución de los actos administrativos y la eficacia como elemento caracterizador.

El acto administrativo como forma de expresión de la voluntad administrativa,⁷⁸ debe manifestarse materialmente y plasmando la realidad de los efectos para los cuales fue emitido. Para ello el Estado está obligado a usar todos los medios e instrumentos necesarios puestos a su alcance por el ordenamiento jurídico para lograr ejecutarlos, de lo contrario, el derecho deja de aplicarse.⁷⁹ Es indiscutible que la Administración Pública debe garantizar y garantizarse (como expresividad de su misma razón de ser) la ejecución de sus resoluciones, sean estas ejecutivas por parte de los particulares o de su propio despliegue de fuerzas prestacionales.

Ahora bien, ¿a qué responde esta obligación? Debemos partir primero que todo, del planteamiento de que, para que exista operatividad en las relaciones de la Administración Pública con los administrados, los actos o resoluciones que median entre ambos, deben de materializarse, tanto para lograr el debido cumplimiento de los deberes del ciudadano como de los deberes estatales, logrando con todo ello una verdadera consecución de los principios constitucionales ya por todos conocidos. Si bien partimos de que dentro de la función administrativa, los actos y actividades por ella desarrolladas, se enmarcan en el ejercicio de potestades de imperio que le son inherentes (para poder hacer cumplir sus resoluciones administrativas),

⁷⁸ Véase **GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo** y **FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón**, *Curso de Derecho Administrativo*, T. I, *op. cit.*, p. 537.

⁷⁹ **GÓMEZ PUENTE, Marcos**, *La inactividad de la Administración*, *op. cit.*, p. 692.

también es cierto que toda esa actividad se concretiza en el sistema, en actos materiales **hacia y por** los administrados, que se constituyen en lo que señalamos supra: los deberes de la Administración Pública,⁸⁰ que no por generarse por parte de la Administración obligándose, dejan de ser vinculantes, muy al contrario cuando ya ingresan al mundo de las relaciones jurídicas, la Administración se haya subordinada a su debido y fiel cumplimiento.

Si el "deber" lo puede exigir el sujeto activo de la relación jurídica, que es quien tiene el derecho a la prestación o el que tiene un derecho reconocido o consolidado, puede serlo tanto la Administración como el particular al cual se dirige el beneficio. El titular del derecho subjetivo en este último caso, es el administrado que mediante la voluntad declarativa de la Administración, cuenta con ése derecho y precisamente por medio de él, puede exigirle al obligado - que aquí es la propia Administración-, una determinada conducta, de dar, de hacer o de no hacer.⁸¹ De esta forma, si la actividad administrativa va dirigida a servicios prestacionales al particular, éstos se constituyen en las obligaciones de la Administración y podríamos decir con toda categorización, que tratándose de un Estado de Derecho sería un verdadero contrasentido -como

⁸⁰ NIETO GARCÍA, Alejandro, "La inactividad y el Recurso Contencioso Administrativo", *op. cit.*, p. 229. GARRIDO FALLA, Fernando, "El concepto de Servicio Público en el Derecho Español", *op. cit.*, pp. 8 y ss.. En relación con las potestades administrativas: DROMI, Roberto, *Derecho Administrativo*, *op. cit.*, p. 159. Para GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, T. I, *op. cit.*, p. 544, el acto debe necesariamente servir a ése fin típico, e incurrirá en vicio legal si se aparta de él.

⁸¹ En palabras de LUCERO ESPINOZA, Manuel, *Teoría y práctica del Contencioso-Administrativo*, *op. cit.*, p. 4, el derecho subjetivo consiste en la facultad de un sujeto para exigir de otro una acción u omisión concreta, protegida directamente por el derecho objetivo. Es decir, que el derecho subjetivo supone la existencia de dos elementos.

en verdad sucede-, el incumplimiento por parte de la Administración de sus propias voluntades o actos.

Como antes expresáramos, la ejecución de los actos administrativos es la esencia misma de la actividad administrativa, es decir, el acto está revestido de fuerza ejecutiva, delimitada como la potestad administrativa para definir, por un lado, sus controversias con los particulares administrados mediante la declaración unilateral de su voluntad ejecutiva, y por otro, la ineludible obligación de ejecutar los actos que emite, otorgando beneficios o derechos a los particulares,⁸² siendo la ejecución elemento esencial del acto, tal y como lo ordena claramente nuestro ordenamiento jurídico (artículo 57 Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común).

Partiendo del ordenamiento jurídico vigente, el artículo 103 Constitucional, estatuye con claridad que uno de los principios a los que debe de responder la Administración Pública, es la **eficacia**, partiendo de su inmediatez como forma de regulación de sus relaciones jurídicas con los administrados y en una tutela de los derechos subjetivos e intereses legítimos. Esta eficacia es de forma bilateral en tanto obliga a los administrados como a la Administración; sus resultados y sus objetivos deben

⁸² Para **BARCELONA LLOP, Javier**, *Ejecutividad, Ejecutoriedad y Ejecución Forzosa de los actos administrativos*, Universidad de Cantabria, Santander, 1995, p. 38, lo importante a la hora de definir al acto administrativo es la producción de efectos jurídicos, la creación de consecuencias jurídicas; o lo que es lo mismo, que lo importante es la identificación de una resolución administrativa.

materializarse y es precisamente en esta materialización donde la Administración puede resultar indolente e incurrir en omisión. Si la voluntad administrativa (llamada acto administrativo), ha sido debidamente emitida, ésta se presupone **perfecta**, concurriendo todos los elementos necesarios para su formación y su nacimiento a la vida jurídica, pero este nacimiento no se llevaría a cabo si se interrumpiera, no dándole la Administración la eficacia necesaria, culminando su perfección jurídica en el despliegue de los efectos para los cuales el acto ha sido emitido.⁸³ Como bien lo ha señalado la doctrina administrativa, la eficacia de las resoluciones administrativas significa llevar a sus últimas consecuencia los efectos del acto,⁸⁴ sean estos o no favorables a la Administración Pública, es decir, sean estos de ejecución de los particulares administrados o de la propia Administración.⁸⁵

Adviértase que si bien el acto, como hemos venido expresando es indiscutiblemente ejecutivo y **debe** producir sus efectos, pueden existir causas justificativas para que la Administración Pública deje de cumplir con su

⁸³ Podría decirse entonces, que el objeto de toda estructura administrativa, no es sólo la organización jurídica emisora de actos administrativos, sino lo que interesa e importa realmente, a los efectos mismos de la existencia del derecho, es la consecución final de ellos y la plasmación en la realidad de sus consecuencias; así, no interesa tanto que se establezcan normativamente los "tributos" como su recaudación efectiva; al administrado que solicita una beca no le va a interesar tanto la resolución en donde se la aprueban como la materialización en metálico de la misma. En otros términos, no va a interesar tanto la sola manifestación de la voluntad administrativa, como el despliegue efectivo de los instrumentos necesarios para ser hecha realidad esa manifestación por parte del órgano administrativo competente.

⁸⁴ Véase **GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo** y **FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón**, *Curso de Derecho Administrativo*, T. I, op. cit., pp. 569 y ss.. **BARCELONA LLOP, Javier**, *Ejecutividad, Ejecutoriedad y Ejecución Forzosa de los actos administrativos*, op. cit., p. 48.

⁸⁵ En este sentido, cabe indicar que no se puede hablar de intereses que benefician a la colectividad e intereses que benefician a la Administración, dado que si a la actividad administrativa le es inherente el espíritu del interés de la colectividad, cualquier acto que beneficie a esta última, será también de interés para la Administración Pública. Es decir, que no puede hablarse de intereses de unos y de otros no, porque en *stricto sensu*, el fundamento teórico se confunde en una y otra posición.

ejecución y que señalamos posteriormente; sin embargo, dichas formas están debidamente contempladas por el mismo ordenamiento y no sería un motivo más de inactividad material, porque existiría **motivación** para que la Administración Pública incurra en inejecutividad de sus propias resoluciones. Esto es **excepcional** y como tal, los casos en que los efectos se suspenden o se trasladan en el tiempo, gozan de particularidades precisas y concretas.⁸⁶

Aún cuando el acto esté viciado de nulidad, su cumplimiento puede ser exigido y de hecho debe surtir efectos hasta tanto no sea "suspendido" por un Tribunal competente, por cuanto el elemento ya referido de su "obligatoriedad", es intrínseco a su existencia jurídica, es el elemento imprescindible para la función de ejecución de las leyes.⁸⁷

Es así como, algunas justificantes para que la Administración no dé debido cumplimiento a la ejecución de los actos administrativos, señalados por la misma doctrina⁸⁸ y que legalmente son procedentes dentro de nuestro sistema de derecho, son:

a) suspensión judicial de los efectos del acto si el mismo puede ser potencialmente dañoso o que pueda producir efectos negativos o lesionar de forma irremediable;

⁸⁶ Podríamos decir, como algunos autores lo han afirmado, que existe una "prevalencia" de la eficacia sobre la conformidad con el ordenamiento jurídico en virtud de la presunción de legalidad, que le es inherente a todo acto administrativo y sobre la cual basa su ejecución y que hace válidos todos los actos administrativos, a menos que sean imputados y declarados nulos por el mismo ordenamiento.

⁸⁷ Véase **GARRIDO FALLA, Fernando** y **FERNÁNDEZ PASTRANA, José María**, *Régimen Jurídico y Procedimiento de las Administraciones Públicas (Un estudio en la Ley 30/1992*, Edit. Civitas, segunda edición, Madrid, 1995, p. 108.

⁸⁸ Véase **GARRIDO FALLA, Fernando** y **FERNÁNDEZ PASTRANA, José**, *Ibidem*, p. 108.

- b) que el propio acto haya establecido una fecha distinta para dar inicio a sus resultados;
- c) que los efectos por los cuales se estatuyó el acto administrativo, resulten como consecuencia del contenido natural o esencial del acto;
- d) que la prórroga en sus efectos derive del contenido accidental del acto; y,
- e) que el acto esté condicionado a la previa notificación, publicación, aprobación o autorización posterior.

De esta forma y no teniendo el acto motivos para su inejecución fundada en derecho, la obligación-deber de la Administración Pública deviene en el ajuste normativo que el acto llegue a tener en su aplicación, fundado en la pretensión del sujeto con un derecho reconocido y contemplado dentro del deber-hacer administrativo, que de no llevarse a cabo materialmente, o no funciona el sistema, o funciona incorrectamente en virtud de que la omisión de la prestación afecta evidentemente al particular o administrado en el goce de un bien (hecho material a cargo del ente administrativo) constitutivo de un derecho ya reconocido y tutelado por el mismo órgano administrativo.

Otro asunto que estaría por tamizarse, es la responsabilidad por daños y perjuicios que pueda imputársele a la Administración Pública por su inactividad, existiendo un acto pendiente de ejecución y que esta responsabilidad (indemnización) sea sustitutoria de lo dispuesto por el acto. Creo que sobre

este tema variada doctrina se ha ocupado de él,⁸⁹ sólo valga decir a nuestros efectos, que si bien es cierto, puede y debe darse (en la mayoría de los casos) una indemnización pecuniaria por los daños que se cause al administrado (que cuenta con un derecho), por la inejecución de los actos administrativos por parte de la Administración, no es, a nuestro modo de ver, sustitutorio de la actividad material que debe ejercer o desarrollar la Administración Pública como obligación y deber constitucionalmente establecidos; no puede en modo alguno, excudarse la Administración de realizar aquellos actos a los que está legalmente compelida, salvo circunstancias en donde nos enfrentemos a una imposibilidad material por el objeto mismo de la prestación,⁹⁰ lo cual si bien es una causa eximente -en tesis de principio-, para no hacer la prestación debida, no lo es para indemnizar por esa causa, como precisa GÓMEZ PUENTE, "la imposibilidad excluía la juridicidad del deber de hacer (no así, el de indemnizar si dicha imposibilidad es provocada por la propia Administración) y la existencia de inactividad administrativa,"⁹¹ y no toda inactividad material podría ser justificada como

⁸⁹ Véase entre otros: **MARTÍN REBOLLO, Luis**, "La Administración de Garantías: vigencia y limitaciones", *op. cit.*, pp. 53-54. **GÓMEZ PUENTE, Marcos**, "Responsabilidad por inactividad de la Administración", en *Revista Documentación Administrativa*, N° 237-238, enero-junio 1994, pp. 145 y ss., del mismo autor: *La inactividad administrativa de la Administración*, *op. cit.*, p. 694 y la jurisprudencia que allí se cita. Referido a indemnizaciones por inejecución de sentencias, cfr. **QUINTANA REDONDO, Carmelo**, *Ejecución, suspensión e inejecución de sentencias en el orden contencioso administrativo*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1977. También artículo 106.2 de la Constitución Española.

⁹⁰ Verbigracia: que no se le pueda suministrar la asistencia médica al enfermo por no existir espacio en los centros hospitalarios, cosa que cabría discutir si debe enviar al administrado a la seguridad privada con cargo al Estado. En relación a los límites económicos a la idea de una Administración prestacional, véase lo dicho por **MARTÍN REBOLLO, Luis**, "La Administración de garantías: vigencia y limitaciones", *op. cit.*, p. 52.

⁹¹ **GÓMEZ PUENTE, Marcos**, *La inactividad de la Administración*, *op. cit.*, p. 694, además el autor hace referencia y comenta los alcances del impago de obligaciones pecuniarias y pone de ejemplo la Sentencia del Tribunal Constitucional 294 de 7 de noviembre de 1994 (mutilados de guerra).

imposibilidad, porque para ello deberá existir una serie de parámetros y circunstancias mediante las que la Administración demuestre fehacientemente, no disponer de los medios necesarios para llevar a cabo la prestación comprometida jurídicamente, además de probar que ha "gestionado" lo pertinente para que la prestación se hubiese dado (por ejemplo: razonamientos de índole presupuestario y su relación con el principio de legalidad presupuestaria).

Para ello, el particular afectado deberá exigir el cumplimiento material del acto que le da el derecho, junto con la indemnización que proceda con ocasión de los daños que le haya causado la omisión o retraso y que pueda demostrar; de no ser posible la prestación materializada a causa de la misma Administración, deberá indemnizarse con el agravante del tiempo transcurrido entre el acto administrativo y la ejecución final, situación que estará a expensas de los Tribunales en atención a los límites establecidos en la legislación vigente. En algunos casos, será de menor dificultad tanto el planteamiento como la determinación de los tiempos mediante, entre en el que debía cumplirse el acto y el que el afectado pida formalmente que se cumpla, pero lo que si está claro es que el administrado no debe porque asumir la imprevisión e inercia administrativa tratándose de supuestos de omisión o inactividad administrativa en donde ya contaba con un derecho reconocido por la misma Administración y sería ilógico pensar, que el particular para demandarlo, deba ir a un proceso contencioso administrativo declarativo,

en donde el Juez le diga mediante resolución judicial, que cuenta con el derecho, situación que ya él la conocía de antemano.

2. Cuando la inejecución de los actos se debe por no compeler forzosamente a un tercero.

Existen actos administrativos en los cuales su cumplimiento, debido a su propia naturaleza (impositiva), corresponde impulsar a la Administración, pero que estos no son de la ejecución final de ésta sino de un administrado, y en razón de la inercia de la gestión administrativa, el derecho de otros administrados puede verse seriamente lesionado, porque el interés público suscita la satisfacción de intereses individuales y lo que obliga a unos, a otros puede beneficiar; en todo caso, la Administración será el intermediario instrumental entre esos dos intereses, intermediario porque es en definitiva quien tiene la responsabilidad de hacer cumplir el acto administrativo objeto de la prestación.

Es determinante que las características inherentes al acto, de efectividad y ejecutividad inmediata, lo son también cuando este acto deba ser cumplido por un tercero, siendo y constituyéndose la Administración en un garante y asegurador de que el acto finalmente se ejecute.⁹² Aquí el papel de la Administración no se limita a la sola emisión administrativa del acto, sino que

⁹² Pensemos en el caso práctico de que la Administración imponga mediante resolución administrativa al señor X la obligación de eliminar un "tejadillo" construido ilegalmente en el edificio comunal que perjudica seriamente el derecho del señor Z y pone en peligro su vivienda. Si la Administración no interpone los medios necesarios para hacer cumplir con dicho acto

su dimensión jurídica le obliga a velar por la final consecución en los efectos reales y materiales que debe desarrollar el mismo, aún cuando deba disponer los medios necesarios y pertinentes que pone el ordenamiento jurídico a su alcance, para su ejecución forzosa si fuera necesario (llamada por el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA "coacción administrativa"⁹³). No resulta en demasía recordar, la fuerza ejecutiva que tienen las resoluciones de la Administración - incardinada en el principio de autotutela administrativa-⁹⁴ y que encuentra su fundamento normativo en el artículo 95 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, mediante el cual se le faculta a la Administración Pública que a través de sus órganos competentes, puedan proceder previo apercibimiento a la ejecución forzosa de los actos administrativos.⁹⁵

De tal magnitud y validez es la fuerza ejecutiva del acto, que el mismo ordenamiento tiene por establecido que el acto administrativo seguirá ejecutándose aún cuando se interponga un juicio contencioso-administrativo (artículo 122 Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa);⁹⁶ por ello y en

(logrando que se destruya finalmente el objeto en discusión), por su inactividad material el derecho que tiene el señor Z, queda insatisfecho y se perjudica seriamente.

⁹³ **GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo** y **FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón**, *Curso de Derecho Administrativo*, T. I., *op. cit.*, p. 763.

⁹⁴ Véase **GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo** y **FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón**, *Ibidem*, pp. 499-500. **GÓMEZ PUENTE, Marcos**, *La inactividad de la Administración*, *op. cit.*, p. 701.

⁹⁵ Es claro que para que exista la ejecución forzosa, deba existir un título, acto administrativo, ejecutivo y ejecutorio, y que, además, no haya sido suspendida su eficacia a consecuencia de la interposición de un recurso administrativo o jurisdiccional (artículo 93 Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común de 26 de noviembre de 1992). Véase en este sentido: **BARCELONA LLOP, Javier**, *Ejecutividad, Ejecutoriedad y Ejecución Forzosa de los Actos Administrativos*, *op. cit.*, p. 311.

⁹⁶ Relacionado con el artículo 111, ley 30/1992, artículo 51 y 113.3 de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local.

razón de la potestad con que cuenta la Administración, se dice -como indica el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA- que la decisión administrativa ("decisión ejecutoria" en la terminología francesa) se beneficia de una "presunción de legalidad" que la hace de cumplimiento necesario, sin necesidad de tener que obtener ninguna sentencia declarativa previa.⁹⁷ De no cumplirse este tipo de ejecución y dejarse al libre arbitrio de la Administración su cumplimiento, enfrentamos y vulneramos tanto la seguridad jurídica, como la legalidad y la eficacia que deben imperar en el actuar administrativo y al cual pueda hacerle frente el administrado. La Administración como puente sirviente de la satisfacción de las necesidades e intereses de la colectividad, tiene la **obligación** (no la posibilidad⁹⁸) de compulsar el cumplimiento de los actos que de ella emanen, sean quienes sean los ejecutores finales. De no ejercerse este deber, la materialización final de los derechos ciudadanos quedaría interrumpido y violentado.

Con lo anterior, si existe un derecho previamente reconocido,⁹⁹ el sistema, tanto administrativo como jurisdiccional, deben permitirle al

⁹⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, T. I, op. cit., p. 503.

⁹⁸ Resulta interesante la posición del profesor BARCELONA LLOP, Javier, *Ejecutividad, Ejecutoriedad y Ejecución Forzosa de los Actos Administrativos*, op. cit., p. 302, en la que la relación con el planteamiento dogmático de la potestad con la que cuenta la Administración Pública para la ejecución forzosa, ve ésta más que como un privilegio de hacer ejecutar sus resoluciones administrativas, una obligación derivada del mismo ordenamiento y su posición en el sistema, por lo que no podría renunciar a ella y caer en su impracticabilidad.

⁹⁹ Porque es claro que nos movemos en el encuadre de actos formalmente emitidos, que ha de tener -como dice GARCÍA DE ENTERRÍA- constancia formal inequívoca y una certeza de contenido y de destinatario que dispense de la necesidad de una previa interpretación de su alcance y de su extensión y que permita pasar a su realización inmediata. Ha de ser por tanto, lo que técnicamente se llama un "título ejecutivo", en este sentido, véase: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, T. I, op. cit., p. 765.

administrado al cual se le esté vulnerando un derecho, poder recurrir y obtener una ejecución directa e inmediata, y si para esto se necesita una ejecución forzosa, el mismo orden jurídico lo permite en la realidad fáctica.

Se discute además, si el elemento de la discrecionalidad podría ser fundamentado a fin de que la Administración Pública valore o establezca un margen de libre arbitrio, en el cual pueda ejecutar las sentencias administrativas basados en el interés público,¹⁰⁰ sin embargo, si partimos de una noción genérica de interés público y de los objetivos y límites que conlleva la actividad administrativa, diremos que ése margen discrecional,¹⁰¹ no le podrá conferir potestad a la Administración Pública para no gestionar su ejecución debida, en detrimento del derecho subjetivo del particular reconocido previamente.¹⁰²

¹⁰⁰ Para **GÓMEZ PUENTE, Marcos**, *La inactividad de la Administración*, op. cit., p. 702, este margen es más limitado de lo que a vista de la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 1988 RJ 1988-8231 puede inferirse, al decir que: "corresponde a la Administración valorar si el interés público exige ejecutar un acto administrativo por ella dictado." En este sentido resultan interesantes las sentencias que señala este autor en relación al deber de ejecución forzosa, señalados por la jurisprudencia del Tribunal Superior de Cantabria, en las que destaca entre otras: STSJ Cantabria de 16 de octubre 1990 (Jur. 1990, 1269); STSJ Cantabria 18 de mayo 1992 (Jur. 1992, 1270 y 1271); STSJ Cantabria 20 de julio 1992, 2943.

¹⁰¹ Pensemos en el particular que acude ante las autoridades administrativas, porque los ruidos, basura y escándalos que se derivan de la existencia de un bar ubicado contiguo a su casa le producen graves perturbaciones. Si probadas las circunstancias y el derecho que le asiste al petente, el Ayuntamiento resuelve el cierre del local y no lo ejecuta compeliendo forzosamente al dueño del local a su cierre y este continúa en la actividad dañosa, la inactividad material administrativa es evidente causa de ilegalidad.

¹⁰² Si hablamos de que la discrecionalidad está limitada al Interés Público que a ella se refiere, también estamos escindiendo que los derechos subjetivos e intereses legítimos, son componentes de los intereses generales y objetivos que busca el actuar administrativo. Así, no podría en modo alguno negársele a un beneficiario de un acto administrativo, que pueda exigir para que el responsable de la ejecución final del acto, cumpla con su deber aunque sea de forma forzosa.

Para efectos procesales, desde la perspectiva de una tutela judicial efectiva, el problema podría radicar en el tiempo que medie entre la emisión del acto hasta la firmeza que demanda la actuación, y por otro, desde la de su "ejecución" voluntaria por parte del particular (lo anterior si el acto mismo no indica fecha precisa de ejecución) y el tiempo en el cual la Administración "**debe actuar**" en la ejecución forzosa; para ello, si partimos de que el acto es ejecutivo por sí mismo -amén de la obligación normativa de la Administración-, tendremos que concluir que, a pesar de disponerse nuevamente de un concepto jurídico indeterminado,¹⁰³ a nuestro parecer, el acto es susceptible de ser ejecutado forzosamente desde el primer momento, máxime si esta inactividad fuera productora de daños a otros administrados. Por otra parte, debe tomarse en consideración el principio de proporcionalidad,¹⁰⁴ que debe imperar en este tipo de actuaciones, en tanto en cuanto la ejecución forzosa debe de ejercitarse en la razonabilidad de los asuntos sometidos, de allí que se diga con razón que la determinación precisa es casuística.

La inactividad material, de esta forma planteada, es innegable como causa de ilegalidad en una forma de actuar administrativa, y el correlativo

¹⁰³ Si bien es cierto, los conceptos jurídicos indeterminados, pueden ser causa de disgregación de la obligación, estos son derivados de la misma normativa, en relación a los hechos circundantes y específicos, porque tal y como lo señala **GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón**, *Curso de Derecho Administrativo*, T. I, op. cit., p. 450, "la aplicación de conceptos jurídicos indeterminados es un caso de aplicación de la Ley, puesto que se trata de subsumir en una categoría legal (configurada, no obstante su imprecisión de límites, con la intención de acotar un supuesto concreto) unas circunstancias reales determinadas."

¹⁰⁴ Referido a los medios de Ejecución Forzosa, artículo 96 Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y también el análisis que hace **BARCELONA LLOP, Javier**, *Ejecutividad, Ejecutoriedad y Ejecución Forzosa de los Actos Administrativos*, op. cit., p. 39.

derecho de los administrados también resulta obligado, en la medida que la inejecución de sus actos (ya sea por sí misma o por terceros) constituya una fuente de lesión; en esa misma medida, la excepcionalidad del retardo en los efectos materiales que deben producir las actuaciones administrativas debe ser aumentada, evitando así la inactividad material lesiva a un Estado de Derecho.

3. Control jurisdiccional existente y propuesto contra la inactividad material por inejecución de actos administrativos.

Ante la inejecución de los actos administrativos por parte de la propia Administración, como concreción inmediata de los efectos que debe producir su actividad formal (acto administrativo), nuestro sistema jurisdiccional vigente no da claridad para llegar a una tutela judicial efectiva (tal y como lo demanda la misma Constitución Española, artículo 24.1).

Si el acto administrativo como hemos venido apuntando, es indiscutible que debe ser de inmediata ejecución, el administrado debería tener en el sistema jurídico la vía adecuada para lograr esa inmediatez, mediante la ejecución plena y rápida de su derecho lesionado con la omisión. Si bien estamos en presencia de "inactividad material" propiamente dicha, ocasionada por la inejecución de actos administrativos, el sistema contencioso-administrativo abre una posibilidad de acceso por intermedio del artículo 1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Se establece en él que la Jurisdicción Contencioso Administrativa conocerá de las pretensiones que se

deduzcan en relación con los **actos de la Administración**, y la inactividad en este caso está siendo generada por un acto administrativo claro, concreto y específico que procesalmente ha nacido a la vida jurídica con todos sus elementos de derecho y al que le falta sólo producir sus efectos. Es así, como la pretensión en este sentido, no se aleja radicalmente del objeto mismo de la jurisdicción contencioso administrativa, aún cuando reticentemente el acceso se podría decantar por la teoría del carácter revisor y obstaculizar un control de este tipo,¹⁰⁵ y no habría "actuación" (material) que revisar porque la misma no se ha dado.

A pesar de que admitamos un acceso a la vía contencioso administrativa, lo único que le va a permitir al particular afectado es contar con la **declaración judicial formal de su derecho**, lo cual ya tenía por parte de la Administración antes de acudir a esa vía. Al requerir de previo y como requisito *sine qua non* de accesibilidad, obtener pronunciamiento a la Administración incumpliente,¹⁰⁶ pueden suceder algunos supuestos:

a) Que la Administración conteste afirmativamente en el sentido de que sabe que tiene que "dar" o "hacer" una prestación concreta ya reconocida previamente por ella. Si la realiza, allí terminaría el asunto, si no, en igual situación queda el particular como al comienzo de la gestión: con el derecho reconocido pero sin ejecutar.

¹⁰⁵ Si el contencioso administrativo es un control de la legalidad administrativa, es claro que este incumplimiento o inactividad es la ilegalidad misma del actuar administrativo.

¹⁰⁶ De conformidad con lo dispuesto por el artículo 42 de la Ley 30/1992, Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

b) Que la Administración no conteste y pueda operar el silencio negativo de la Administración, que para efectos prácticos, igual le dará al administrado, porque tendrá que acudir a la vía jurisdiccional para que al final pueda contar con una "resolución declarativa" del juez, pero con el mismo resultado: su falta de ejecución; resultando entonces ilógico, que quien cuenta con un derecho ya reconocido por la Administración tenga que recorrer un largo, costoso y lento proceso para ver su derecho finalmente materializado.

Si partimos de los intentos que se han hecho por la reforma de la jurisdicción contencioso administrativa¹⁰⁷-por lo demás plausible en muchos aspectos procesales y de invocación de nuevas figuras, como es la misma introducción de la inactividad material- primero que todo, se "abre" expresamente el objeto del contencioso administrativo a las "actuaciones" de la Administración Pública¹⁰⁸ lo que viene a despejar aquellas posiciones reacias a aceptar la inactividad administrativa como figura independiente de tutela jurisdiccional y desbordar el tópico ya superado por la doctrina más de vanguardia, del carácter revisor de los actos administrativos de la jurisdicción contencioso administrativa,¹⁰⁹ que vendrá a darnos una mayor apertura

¹⁰⁷ Proyectos de Ley de Reforma de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 30 de setiembre de 1995 y de 18 de junio de 1997 y el último presentado de fecha 8 de abril de 1998.

¹⁰⁸ Dicta el artículo primero de los proyectos citados: "Los juzgados y Tribunales del orden contencioso administrativo conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones Públicas sujeta al Derecho Administrativo, con las disposiciones generales de rango inferior a la Ley y con lo Decretos Legislativos de conformidad con lo establecido en el artículo 82.6 de la Constitución...". El último proyecto dice al final: "cuando excedan los límites de la delegación."

¹⁰⁹ Véase NIETO GARCÍA, Alejandro, "La inactividad material de la Administración Pública: 25 años después", *op. cit.*, p. 33. MUÑOZ MACHADO, S., "Nuevos planteamientos de la jurisprudencia sobre el carácter revisor de la Jurisdicción Contencioso Administrativa", en Revista Española de Derecho Administrativo, N° 26, 1980, pp. 496-512. LEGUINA VILLA, Jesús, "La reforma de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, planteamiento

esencialmente en aquellas situaciones de inactividad en donde no contemos con un acto administrativo previo concedente de derechos.

En esta línea de exposición, ¿cuánto tiempo tendría que esperar el administrado para ver finalmente ejecutado el acto que le favorece (esto en el caso de que no exista una imposibilidad de cumplimiento ya vistas)? Respuesta incontestable con posibilidades de una respuesta totalmente desalentadora para el derecho de los administrados, y lo que es más, al final de todo el proceso judicial que deba pasar el interesado, entraríamos en la problemática que plantea actualmente la ejecución de las sentencias; inejecución y tipología de inactividad material de la cual tampoco podemos ser ajenos y desconocedores de la gravedad que alcanza, así lo destaca GONZÁLEZ-VARAS IBAÑEZ al decir que, lograr que los pronunciamientos de condena que aparecen en las sentencias se ejecuten, es un esfuerzo sísifo, ya que el sistema procesal administrativo no está ideado para ello.¹¹⁰ En esto, el ciudadano lo que busca es **una pretensión ejecutoria**, y la técnica procesal existente en el ordenamiento jurídico, le debe permitir ver satisfecho sus deseos de ver cumplido materialmente el derecho que ya tenía reconocido previamente por la Administración; y aquí otro problema que se puede alegar es el superado principio de la Separación de Poderes, que pueda en alguna

general", *op. cit.*, p. 225. **GABALDÓN LÓPEZ, José**, *La defensa jurisdiccional del administrado frente a la inactividad de la Administración*, *op. cit.*, p. 268. **ACOSTA ESTEVEZ, José**, *Pretensión procesal administrativa, ejecución de sentencias y control jurisprudencial de la litispendencia en lo contencioso administrativo*, Promociones y Publicaciones Universitarias P.P.U., primera edición, 1987, p. 36. **GONZÁLEZ-VARAS IBAÑEZ, Santiago**, *Problemas procesales actuales de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*, *op. cit.*, pp. 69-79.

¹¹⁰ **GONZÁLEZ-VARAS IBAÑEZ, Santiago**, *Ibidem*, p. 114.

forma detener la acción judicial ante la no acción administrativa, sin embargo este tema será tratado luego cuando analicemos la sentencia y la ejecución forzosa de las mismas;¹¹¹ valga solo indicar, en tesis de principio, que en una línea interpretativa del artículo 24.1 constitucional de repetida cita, es consecuencia de la pretensión ejercitada por el sujeto la obligación de ejecución judicial por los medios coercitivos (si fueran necesarios) para compeler a la Administración a cumplir con sus obligaciones.

Sin detrimento de lo que se exponga posteriormente en cuanto al requisito de la reclamación previa, valga indicar que el mismo se dispone como un obstáculo más para el acceso a la vía jurisdiccional. Así, es interesante la posición que adopta GÓMEZ PUENTE, al decir que "los principios de seguridad jurídica, de legalidad y de eficacia de la acción administrativa aconsejan eliminar cualquier tipo de trabas en relación con el cumplimiento o ejecución de los actos administrativos. Esto significaría que el particular, no siendo fácil establecer un plazo único para ejecutar o cumplir toda clase de actos administrativos por el muy diferente contenido de éstos, podría demandar judicialmente después de transcurrido un tiempo razonable para hacerlo. Razonabilidad cuyo alcance habría de determinar el juez según las vicisitudes propias del asunto."¹¹² Posición que objetaríamos, en relación a la remisión al término de "**tiempo razonable**", concepto jurídico indeterminado que, por su propia dimensión no parece conveniente dejar al arbitrio del juez,

¹¹¹ GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago, *Ibidem*, p. 114.

¹¹² GÓMEZ PUENTE, Marcos, *La inactividad de la Administración*, op. cit., p. 698.

sino que debe responder a la fecha precisa en que el acto administrativo se deja de cumplir, a lo sumo, deberán establecerse las posibilidades, justificantes y eximentes que hubiera podido tener la Administración para no ejecutar el acto sobre el que versa el litigio; como planteamiento de solución, diría que, si tomamos en consideración que el acto es ejecutivo por sí mismo, además de la indiscutible obligación que tiene la Administración Pública, se tendría que, a pesar de ser un concepto jurídico indeterminado y deba analizarse casuísticamente con las salvedades dichas, el mismo debe surtir efectos y es susceptible de ejecución forzosa, desde el primer momento de emisión o fecha expresa de producción de efectos de derecho.¹¹³

En conclusión en este aparte, diremos que la necesidad indiscutiblemente es no sólo un acceso directo en casos de inactividad por inexecución de actos administrativos sino que esa vía tiene que ser expedita y ejecutiva, en donde el juez, pasado el requisito de la declaración en mora de la Administración a su debido cumplimiento, pueda dictar resolución que produzca los efectos materiales queridos por el acto mismo, en consonancia con el imperativo legal de "juzgar y hacer ejecutar lo juzgado",¹¹⁴ pretendiendo en definitiva, de la manifestación de la voluntad del órgano jurisdiccional, un **hacer** a fin de ejecutar el mandato que contenga la sentencia (producción de

¹¹³ "...La cualidad de que los actos administrativos son válidos y eficaces desde que se dictan y para el futuro (presunción de legalidad del hacer administrativo), se da sin ningún genero de duda. La presunción de validez y eficacia de los actos administrativos, es una presunción "iuris tantum", lo que significa que admite prueba en contrario." FJ 3. 3. STS de 22 de octubre de 1996 (Arz 7378).

¹¹⁴ Artículo 117.3 Constitución Española: "El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde, exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan."

efectos materiales), por lo que a una tutela declarativa debe ir aparejada una tutela ejecutiva para darle el contenido necesario al derecho lesionado.¹¹⁵

III. INACTIVIDAD MATERIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA ANTE DEBERES O PRESTACIONES DE OBRAR EN LOS SUPUESTOS DE INEXISTENCIA DE ACTO ADMINISTRATIVO.

1. Planteamiento.

Un segundo grupo de supuestos en los que cabría la inactividad material administrativa, lo constituyen todos aquellos casos en los cuales el administrado se sienta lesionado por una omisión del aparato estatal y no cuente con una declaración de voluntad previa que le permita acudir directamente (salvando lo expuesto en el primer grupo de supuestos) a la vía contencioso administrativa y contar con ello con una tutela judicial efectiva a sus derechos subjetivos e intereses legítimos.

Ante las múltiples formas de prestación de servicios que se suelen presentar en la relación individuo-Estado, pueden darse situaciones en que el administrado se vea perjudicado ante las omisiones en que incurra la Administración Pública. El sujeto en este supuesto no cuenta más que con un derecho otorgado genéricamente por el ordenamiento jurídico; no tiene un acto o resolución administrativa que le individualice esa pretensión, por lo que,

¹¹⁵ Ya en el último proyecto de ley de 1998, se encuentra una disgregación conceptual en el tratamiento de este tipo de inactividades por inejecución de actos administrativos firmes, comentario que realizaremos cuando se analice el plazo

estamos entonces en presencia de una pretensión prestacional para la satisfacción de interés particular (y porqué no colectivo, es decir intereses generales).¹¹⁶

El planteamiento se realiza desde la perspectiva que el derecho positivo causa en la esfera del administrado, y las prestaciones de dar, de hacer o de no hacer, a que está compelida la Administración Pública. Como corolario de la relación jurídica existente -en palabras de LUCERO ESPINOZA-, se derivan lógicamente situaciones positiva de dar o de hacer; o bien negativas de no hacer, los derechos subjetivos, en consecuencia, podrán ser positivos o negativos. Serán positivos cuando la protección jurídica, establecida en la norma, otorga una facultad al sujeto activo de exigir del pasivo una conducta, traducida en un dar o en un hacer, según corresponda. Por el contrario, serán negativos cuando dicha protección normativa faculte al titular del derecho a exigir de otro la abstención de una determinada conducta.¹¹⁷

2. Gestión de Servicio Público.

Lo cierto es que la misión del Estado está claramente definida por la misma Constitución Española, delimitando y ajustando las diversas formas de servicios públicos que debe satisfacer a las necesidades ciudadanas.¹¹⁸ Por

¹¹⁶ GONZÁLEZ-VARAS IBAÑEZ, Santiago, *Problemas procesales actuales de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, op. cit., p. 208.

¹¹⁷ Véase LUCERO ESPINOZA, Manuel, *Teoría y práctica del Contencioso Administrativo*, op. cit., p. 4.

¹¹⁸ Véase GARRIDO FALLA, Fernando, "El concepto de servicio público en el Derecho Español", op. cit., p. 9. Relaciónese lo dicho con lo expresado por RODRÍGUEZ-ARANA

ello, la "gestión" del servicio prestacional público es la consecuencia directa del deber obligacional constitutivo del Estado Social en el que estamos inmersos. Término que denota el camino al logro y satisfacción de una necesidad, claro está, previamente amparada por el mismo ordenamiento jurídico, implicando por lo demás, las diversas modalidades de servicio técnico (prestaciones técnicas), servicios asistenciales y sociales, aquellos que en palabras de GARRIDO FALLA,¹¹⁹ garantizan el derecho al administrado a la conservación de la vida y la salud y al desarrollo de su personalidad: beneficencia, sanidad, educación, y general, tales como atención médica en un centro médico, servicio de planeamiento de circulación de vehículos, etc., por medio de las cuales los individuos o sujetos de la colectividad se hacen acreedores como garantía de su propia existencia.

Así, ante la promulgación del nuevo marco constitucional en España (Constitución de 1978), se produce una importante transformación en las relaciones de la Administración con los administrados, generando y propiciando de esta forma, un mayor acceso del sujeto a las formas de servicio

MUÑOZ, Jaime, "La Empresa Pública en el Estado Social y Democrático de Derecho", en Actualidad y perspectivas del Derecho Público a Fines del Siglo XX, tomo 3, Edit. Complutense, Madrid, 1992, p. 1677, al decir que: "el Estado debe, en primer lugar, fomentar el desarrollo personal de los ciudadanos. A esa finalidad debe ir encaminada la ayuda estatal (...) De ahí que el deber del Estado para prevenir la necesidad individual sea una consecuencia del entendimiento, aquí propuesto, del Estado Social (...)". Relación también con artículo 103 Constitución Española y la referencia hecha a dicho artículo y al carácter servicial de la Administración por **MARTÍN REBOLLO, Luis**, "La Administración de garantías: vigencia y límites", *op. cit.*, p. 34.

¹¹⁹ **GARRIDO FALLA, Fernando**, "El concepto de servicio público en el Derecho Español", *op. cit.*, p. 22, exponiendo el término que en el derecho Alemán se utiliza para ello del "DASSEIVORSORGE" y que caracteriza a una Administración prestadora de servicios "VÉASEWALTUNG ALS LEISTUNGSTRAÜGER".

público y con ello su exigibilidad.¹²⁰ A modo de ejemplarización, valga mencionar algunos derechos generados por el citado cuerpo de normas fundamentales:

- a) Derecho a la educación (artículo 27.1),
- b) Protección social, económica y jurídica de la familia (artículo 39),
- c) Seguridad e higiene en el trabajo (artículo 40.2),
- d) Protección de la salud y seguridad social (artículo 41 y 43.1),
- e) Derecho a un ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo (artículo 45), etc..

Si ante la existencia de un orden jurídico que genera verdaderos intereses legítimos a los ciudadanos, la Administración Pública omite la prestación de esos servicios, lesiona consecuentemente su esfera jurídica de la satisfacción de esos intereses. Si el espíritu que mueve al legislador es satisfacer las necesidades básicas de los ciudadanos y el ente prestatario, administrador y ejecutor de ese deber no lo ejerce, es claro que en un sistema de derecho debe existir el remedio jurídico para compeler su debido cumplimiento. Aquí, el interés público y el planteamiento de las necesidades ciudadanas mueve la voluntad del legislador, que por su parte alimenta la norma, estableciendo expresamente el deber obligatorio y la designación de su aplicación; a contrario sensu, su inobservancia constituye la violación a la

¹²⁰ **LEGUINA VILLA, Jesús**, "La reforma de la ley de la jurisdicción contencioso administrativa, planteamiento general", *op. cit.*, p. 220.

normativa o derecho positivo, y debe traer consigo la responsabilidad consiguiente.

Sin embargo, la voluntad del legislador no siempre es dada con claridad de la que se pueda inferir consecuentemente, los límites y el alcance del deber obligacional prestacional de la Administración por la falta de concreción en la letra de la ley, dejando aparejada por otra parte, esa inconcreción, la interacción con elementos de discrecionalidad administrativa, que puedan hacer pensar, en que la Administración Pública se pueda escudar con el fin de dejar de actuar;¹²¹ a pesar de ello, la línea de actuación debe ser consecuente, en todo momento, con la garantización mínima del sistema, a la disposición básica de los servicios prestacionales señalados por el legislador.

Ahora bien, en virtud del análisis del acceso a la vía contenciosa a fin de la demanda de los servicios públicos que otorga el ordenamiento jurídico, nos enfrentamos necesariamente a la discusión dogmática de la **necesariedad o no del acto previo** como requisito de admisibilidad o apertura de la vía jurisdiccional contencioso administrativa, porque de lo contrario, dicha vía quedaría vedada a estas situaciones tanto de inactividad material prestacional *strictu sensu* como de inactividad material de naturaleza jurídica (emisión de actos).

¹²¹ GÓMEZ PUENTE, Marcos, *La inactividad de la Administración*, op. cit., p. 726.

3. Pretensión prestacional e implicación del requerimiento de acto previo.

La posición tradicional de la que se ha ocupado la doctrina para impedir el control judicial de la inactividad material especialmente de este tipo, se ha justificado en que se debe requerir la producción de un acto administrativo previo, mediante el cual se pueda inferir una voluntad negativa de la Administración a prestar el servicio solicitado.

La **pretensión** en este orden, debe reducirse a los actos de la Administración sujetos al Derecho Administrativo, idea de la cual parte nuestra Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa al indicar en su artículo primero, que serán objeto del contencioso administrativo las pretensiones que se deduzcan en relación con actos de las Administración.¹²² De allí que se diga que, "la pretensión procesal administrativa, en tanto en cuanto objeto del proceso contencioso-administrativo, será la declaración de voluntad por la que se solicita al Tribunal una actuación frente a un sujeto determinado y distinto del autor de la declaración"¹²³ y el acto administrativo será el presupuesto previo y necesario del proceso.

¹²² GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo, T. II, op. cit.*, p. 607. ACOSTA ESTÉVEZ, José, *Pretensiones procesales actuales de la jurisdicción contencioso administrativa, op. cit.*, p. 36.

¹²³ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Derecho Procesal Constitucional*, Edit. Civitas, Madrid, 1980, p. 123. ACOSTA ESTEVEZ, José, *Pretensiones procesales actuales de la jurisdicción contencioso administrativa, op. cit.*, p. 37. Aún cuando es claro por la ley vigente el objeto regulado por la Jurisdicción Contencioso Administrativa, cuales son los actos administrativos, también se abre una posibilidad que denota una pequeña apertura a un régimen de "actuación" y no de "acto" en el sentido estricto de la palabra, ya que en la exposición de motivos de la ley, se dice que la existencia de un acto administrativo, como presupuesto de admisibilidad de la acción contenciosa-administrativa, no debe erigirse en obstáculo que impida a las partes someter sus pretensiones a enjuiciamiento de la jurisdicción contencioso-administrativa. Sobre

Se construye así, desde la citada ley, una jurisdicción contenciosa como jurisdicción especializada de carácter revisor, en relación al pleno sometimiento de la legalidad de la Administración por parte de la jurisdicción,¹²⁴ posición que deja a todas luces por fuera la posibilidad de que, ante **pretensiones** de actuación material sin que haya sido manifestada previamente la voluntad de la Administración, pueda ser objeto de impugnación jurisdiccional, y es claro que no todo tipo de **pretensión** es deducible de un acto administrativo.¹²⁵

esto nos dice **GABALDÓN LÓPEZ, José**, *La defensa jurisdiccional del administrado frente a la inactividad de la Administración*, op. cit., p. 273, que: "no solo queda meridianamente claro que en la intención legal el carácter revisor se limita a un fundamento procesal y no a una exigencia del régimen del ordenamiento administrativo (...) sino que sienta el fundamento propio del silencio negativo como exigencia del sistema para crear un acto recurrible, en beneficio del administrado". Aquí se cita también a **GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús**, *Derecho Procesal Administrativo*, Edit. Civitas, segunda edición, Madrid, 1992, T. I, p. 280 y T. II, 1957, p. 332 y sobre todo pp. 354 y ss.

¹²⁴ **RIBERA RODRÍGUEZ, Teresa**, "La defensa frente a la inactividad y la vía de hecho administrativas en el anteproyecto de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 16 de enero de 1995", op. cit., p. 457, describe muy claramente los alcances de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa actual en relación a la admisibilidad de su objeto al decir que: "La preexistencia de un acto administrativo se convierte en requisito de admisibilidad del recurso limitándose el ámbito material de la jurisdicción contenciosa al conocimiento de las pretensiones anulatorias relacionadas con actos y disposiciones dictados por la Administración una vez cumplidos los requisitos que la ley establezca, incluidos el necesario agotamiento de la vía administrativa previa y la imposibilidad de modificar las pretensiones defendidas en la instancia administrativa."

¹²⁵ Como señala **GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago**, *Problemas procesales actuales de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, op. cit., p. 73, "por contra, consideramos que la pretensión se deduce del acto en los casos en que se ejercita una pretensión de anulación (pero no en la pretensión prestacional), ya que, efectivamente, aquélla se deriva y conforma según el contenido concreto del acto administrativo, el cual contiene una determinada prescripción para un administrado, y que, por suponer una carga en sus derechos, es impugnado por aquél ante la jurisdicción administrativa, la cual revisa la legalidad de esta medida administrativa y lo anula si existe una lesión jurídica-subjetiva (si existe un perjuicio y el acto es ilegal)." Situación que es muy distinta cuando el sujeto solicita una prestación material concreta. Para **RIBERA RODRÍGUEZ, Teresa**, "La defensa frente a la inactividad y la vía de hecho administrativas en el anteproyecto de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 16 de enero de 1995", op. cit., p. 457, aludiendo a los motivos buscados por la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 1957, indica que esta recoge la idea revisora del acto, construyéndose un sistema objetivo en el que se lleva a cabo un proceso al acto, en relación al cual versan las pretensiones.

Cuando el sujeto lo que desea es una prestación administrativa material, el estandarte jurídico no es la presencia de un acto administrativo del cual pueda demandar su inobservancia, ya que en la especie se trata de una negativa tácita a la pretensión del particular. Aún cuando consideráramos que la lesión producida al sujeto permitiera el acceso jurisdiccional, a fin de que la Administración finalmente dicte un acto administrativo, de nada ayudaría al sujeto perjudicado (en el tiempo) el tener el reconocimiento formal mediante acto administrativo de su derecho, si éste finalmente no es llegado a ejecutar; como dice el profesor GONZÁLEZ PÉREZ, "una justicia que tarda en administrarse varios años es una denegación de justicia".¹²⁶

La **pretensión** debe ser determinante para la accesibilidad jurisdiccional basada en las "actuaciones" administrativas (falta de ellas), sean estas constitutivas de acciones de "hacer" o de "no hacer", ya que formalmente el particular no tiene ni siquiera una respuesta o resolución negativa.¹²⁷ Ya el planteamiento lo hacía el profesor NIETO hace varios lustros, al decir que el dogma siempre fue el considerar que si la Administración dejaba de actuar, qué acto se iba a revisar, de qué iba a reclamar el particular, llegando a la conclusión -que hoy día debe permitir una reforma sustancial de los postulados

¹²⁶ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, "Nuevos sistemas de control de la Administración Pública", en *Revista española de Derecho Administrativo*, N° 22, 1979, p. 407.

¹²⁷ GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago, *Problemas procesales actuales de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, op. cit., p. 74, "En este ámbito se manifiesta de forma muy clara la idea procesal del ejercicio de una pretensión a la obtención de una prestación, la cual se ha solicitado de la Administración, permaneciendo ésta inactiva. El interés del sujeto es el de obtener una prestación, sin que exista acto administrativo alguno en esta situación jurídica. Se trata del ejercicio de una pretensión, y ésta, la pretensión que sirve adecuadamente para el resarcimiento de tal concreto interés subjetivo, no puede ser otra que la pretensión prestacional."

de accesibilidad a la vía jurisdiccional-¹²⁸ de que el complejo institucional sólo es agresivo y peligroso cuando actúa y que a *sensu contrario*, es inofensivo si no actúa, siendo esto totalmente falso y erróneo.¹²⁹ Aquí la pretensión estará fundada en el mismo ordenamiento jurídico, porque es la norma quien, aunque sea genéricamente, le otorgará el derecho servicial o prestacional al particular.

De todo lo anterior podemos colegir que, aún cuando existiese la posibilidad de que del *petitum* del administrado, ante este tipo de inactividades, se pudiera derivar un efecto de *silencio administrativo* o como **acto presunto**, mediante el cual derivara una resolución administrativa, la trascendencia para la esfera jurídica de los derechos e intereses del administrado sería casi que nula, por cuanto aún cuando se contara con el acto que reconozca el derecho del sujeto, éste, hasta tanto se concretice y se materialice, no deja de ser una pura ficción del derecho y por tanto vulneratorio de las garantías constitucionales que el mismo sistema obra. Y es que, según, ha observado GONZÁLEZ-VARAS IBAÑEZ, "si en concreto, la Administración permanece inactiva, la única trascendencia está en que el demandante ejercita una pretensión prestacional "por inactividad", cuestión con relevancia meramente procesal, ya que el fondo del litigio es el mismo que en cualquier otra pretensión de tal naturaleza (...) debe considerarse que, por existir inactividad administrativa (silencio), se ejercita tal pretensión prestacional tras el

¹²⁸ En este sentido véase a MUÑOZ MACHADO, S., "Nuevos planteamientos de la jurisprudencia sobre el carácter revisor de la jurisdicción contencioso administrativa", *op. cit.*, pp. 496-512.

¹²⁹ NIETO GARCÍA, Alejandro, "La inactividad de la Administración y el recurso contencioso administrativo", *op. cit.*, p. 229. Originalmente este artículo apareció en Revista de Administración Pública, N° 37, enero-abril 1962.

transcurso de los meses establecidos por silencio administrativo en el ordenamiento jurídico; aquí no existe un acto por silencio administrativo, ya que realmente no existe nada más que un plazo al respecto del qué servirse como criterio para poder ejercitar la pretensión prestacional si la Administración no contesta; éste es el mero efecto que produce el silencio, el de la fijación de un plazo para gozar de un criterio para poder ejercitar la pretensión."¹³⁰

Si como hemos venido reiterando a lo largo de la presente investigación, la "prestación" es el objeto de la obligación de "hacer" o de "no hacer" de la Administración Pública (verbigracia: paralización de una obra, retirada de un obstáculo, realización de un servicio público, etc.), no cabría duda entonces, que ese derecho que tiene el particular, aún de forma genérica (no individualizado por el acto administrativo), pueda ser demandado en la vía jurisdiccional en su falta de ejercicio, sin poder justificarse irracionalmente bajo la figura de la potestad discrecional, sino que por el contrario, deben de constar las debidas razones y argumentos de derecho que motiven la ausencia de la actividad; ello en razón de que en la actualidad los sujetos ven limitados sus derechos al verse imposibilitados de exigir ante la inercia administrativa de esta tipología, que no puede ser deducida de una impugnación de una medida administrativa ni acto administrativo previo,¹³¹ existiendo solamente una concepción jurídica predispuesta y un deber general de la Administración.

¹³⁰ **GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago**, *Problemas procesales actuales de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, op. cit., p. 74.

¹³¹ En palabras de **GONZÁLEZ-VARAS, Santiago**, *Ibidem*, p. 30, en referencia a la desvinculación de la conformación procesal de una pretensión anulatoria en que se basa nuestro sistema y del principio revisor, es del criterio que la implantación de una fórmula nueva que se desligue de esto, es la fórmula eficaz para "liberar definitivamente a nuestro proceso

La garantía debe ser real, de que el sujeto pida una actuación material u omisión (si de ella se deriva una actividad dañosa) y ésta se logre mediante una resolución judicial de condena. En esta línea, el proyecto de Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, comentado anteriormente, viene a dar apertura a esta forma de ilegalidad al hablar de "actuaciones" y ya hemos mencionado, que entendido este término en su sentido amplio incluye también la modalidad de la inactividad (forma recogida en el artículo 29 del proyecto)

Entonces, el sistema procesal administrativo y jurisdiccional actual, no responde a una concepción subjetiva, atendiendo a los concretos intereses de los sujetos ante el sistema de pretensiones prestacionales, y lo que se busca de la jurisdicción contencioso administrativa es una verdadera protección jurídica a los intereses de los particulares. Para nadie es un secreto que el sistema existente hoy día, no se centra en el acceso de peticiones de contenido prestacional y que ante una petición de actuación inmediata, o se enfrenta a una negativa tácita y expresa del ordenamiento, consiguiendo la decepción y abandono de la justicia administrativa, o en última instancia, si por las características especiales del *petitum* pudiésemos darle un tratamiento diferenciado, basados en la conversión material a formal, lo que encontraríamos entonces -en la inmensa mayoría de los casos-, es una transformación de un interés de actuación, en un resarcimiento o

contencioso administrativo del lastre revisor acumulado a lo largo de siglo y medio de vida y a asegurar su definitiva y neta conversión en un proceso sobre derecho capaz de proporcionar en todo caso la tutela efectiva que la Constitución garantiza y que hoy, lamentablemente, no puede obtenerse a través de él en muchos casos".

indemnización, lo que hace nugatorio igualmente el derecho prestacional, al estar posiblemente extinguido su interés o el objeto principal del requerimiento al final del proceso.¹³² Al ser el contencioso un juicio al acto y pretender reaccionalmente la anulación de un acto, medio esencialmente para controlar la legalidad de la actividad administrativa, estas formas de "actuación" administrativa, quedan sin categorización y sin verdadera tutela jurídica.

En este contexto, una parte de la doctrina se decanta por seguir afirmando que las fórmulas de fiscalización vigentes en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, pueden dar solución a los problemas que se señalan de inactividad material, entre ellos el profesor GARRIDO FALLA,¹³³ el cuál señala que el asunto se resuelve solicitando a la Administración su actuación y que, una vez producido el acto presunto o el silencio administrativo desestimatorio, recurrir contra la desestimación tácita. Sin embargo, ya hemos indicado cuales son los inconvenientes de la supuesta conversión de la inactividad material en formal, en aquellos casos en los que se puede, como se indicó no son todos, queda el **derecho** del sujeto totalmente vulnerado; amén de considerar -reiterando lo que ya se dijo supra-, si tomamos en cuenta que la Administración puede aceptar su obligación mediante una resolución administrativa estimatoria, pero subsistiendo en su negativa prestacional, y aunque se resuelva la inactividad formal, sigue

¹³² Piénsese en el caso ya expuesto antes, del particular que requiere una operación quirúrgica con carácter de urgente, pero que lo ponen en lista de espera de un año. Aquí ya cuando se termine el proceso que interponga el sujeto puede ser que haya fallecido.

¹³³ GARRIDO FALLA, Fernando, "La vía de hecho y la inactividad de la Administración", *op. cit.*, p. 19.

subsistiendo la material, que es en última instancia la que le interesa a los administrados y a la consecución del principio de tutela jurisdiccional efectiva.

A título de ejemplo, indica el autor último citado, algunos casos que típicamente se han mencionado como casos de inactividad material sin solución procesal, y que a su merecer encuentran respiro tutelar en la ley de 1956. Menciona el caso de una mercancía, que se encuentra en la aduana y que se avería; para él,

- a) el asunto es reconducible a una denegación formal, se solicita el despacho y si contesta negativamente se aplica el silencio (acto presunto negativo),
- b) no cabe pedir suspensión, precisamente, por ser acto negativo; y
- c) los daños que se causen son generadores de indemnización, supuesto que se declare el derecho a que las mercancía sean despachadas.

A nuestro concreto entender, y con fundamento en lo dicho anteriormente, en el primer punto nada se logra en la efectividad del derecho petitorio con la denegación formal, la inactividad y por consiguiente la lesión subsisten y eso es lo que aquí nos interesa. En el segundo supuesto, expresa que no cabe pedir suspensión por ser un acto negativo, y aquí nos enfrentamos a un término clave en una mejor regulación del proceso, ampliativo a los deberes prestacionales tratándose de inactividad material, cual es el de las medidas cautelares positivas (de hacer) y la solución en tesis de principio, vendrá determinada por el reconocimiento de pretensiones cautelares y preventivas, que se ajusten al interés del sujeto a los efectos de que el

transcurso del tiempo no lo deje sin contenido; sin embargo, en relación a éste tópico lo trataremos más adelante, además, lo confirma el mismo profesor GARRIDO FALLA al afirmar categóricamente que una institución que se encuentra necesitada de reforma lo es el establecimiento de la medida cautelar de obligar a ejecutar.¹³⁴

Finalmente, en el último punto señalado como eficacia del sistema vigente, señala que en caso de que se declare el derecho a que las mercancías sean despachadas (reconocimiento final del derecho del particular) los daños que se causen son generadores de indemnización (podría ser que ya la mercancía sea inexistente por el paso del tiempo). Esto es precisamente lo que pretendemos que no suceda (al margen de consideraciones indemnizatorias que pudiera haber, ya que no negamos el paralelismo de existencia de acciones de este tipo); el administrado lo que requiere es la acción inmediata de la Administración, el despliegue material del derecho, la concreción jurídico-material del derecho que demanda y, aún cuando se le indemnice, si al final del proceso no obtiene la actividad concreta solicitada, se vacía su derecho y se hace nula la justicia en la pretensión prestacional.

Y aquí radica el centro de nuestra objeción al sistema vigente ante el requerimiento de la tutela a la **pretensión prestacional** y si el contencioso administrativo no la da, la reforma de la jurisdicción contencioso administrativa, así como la introducción de nuevas tipologías procesales,

¹³⁴ GARRIDO FALLA, Fernando, *Ibidem*, p. 22.

pueden ser el momento propicio para enmendar las lagunas que doctrinaria e históricamente se le han señalado a la normativa actual y lograr con ello una mejor concordancia con los principios que inspiran la Constitución de 1978.¹³⁵

4. Inactividad material de naturaleza jurídica e inactividad material prestacional *strictu sensu*.

Llegados a este punto, pueden plantearse dos subtipos de inactividad material cuando no existe acto administrativo previo:

A- Inactividad material de naturaleza jurídica, y

B- Inactividad material *strictu sensu*.

A) Inactividad material de naturaleza jurídica.

Nos enfrentamos aquí, a aquel tipo de omisiones administrativas en la producción de actos jurídicos o disposiciones generales, es decir, en la obligación de la Administración Pública, ante situaciones determinadas y peticionales para crear un acto no material sino formal, en el sentido estricto de la conceptualización que venimos otorgándole a la inactividad. El particular cuenta con un interés legítimo de que la Administración, mediante su declaración de voluntad, dicte el acto administrativo querido (ya sea este individual o general).

¹³⁵ Artículo 24.1 Constitución Española.

La dirección de este subtipo está ajustada a la posibilidad de la conversión de la inactividad material en formal, mediante la cual el particular afectado puede acceder a la vía contencioso administrativa y procurar de los Tribunales la producción del acto administrativo; es más, en palabras del profesor NIETO GARCÍA (inferido de la posibilidad de producción de la voluntad administrativa en la consecución de los fines de la actividad administrativa), "cuando la ausencia de una decisión administrativa pone en peligro la efectividad del sistema legal o el reconocimiento de un derecho individual, los tribunales contencioso administrativos, pueden dictar por su cuenta el acto omitido y nadie debe sorprenderse de ello. Porque conviene insistir en algo muy importante: la inactividad de la Administración nunca puede suponer un plus de dificultad al control jurisdiccional como hasta ahora viene entendiéndose y aún practicándose, antes al contrario: los Tribunales están facultados para compensar la inactividad material de la Administración, en cuanto que ésta se coloca en una posición irregular mucho más grave que la que se deduce del dictado de un acto administrativo (o reglamento o elemento no normativo integrado en una norma). Y si estos actos son controlables, con mucha más razón han de serlo las inactividades."¹³⁶

A pesar de que este tipo de inactividad material no pertenece a nuestro objeto de estudio, nos interesa aquí resaltar aquellas omisiones que conlleven una carencia en la prestación material de un servicio público, y aquí de lo que

¹³⁶ NIETO GARCÍA, Alejandro, "La inactividad material de la Administración, 25 años después", *op. cit.*, pp. 61-62.

se trata es de la producción del acto administrativo, nos detendremos pues, brevemente en la indicación de los supuestos más típicos que podrían caer dentro de esta definición, iniciando con la inactividad reglamentaria que es quizá el caso del que más se ha ocupado la doctrina.

- Inactividad reglamentaria.

Son aquellas omisiones administrativas, en las que el órgano administrativo no ejerce las potestades que el ordenamiento jurídico le otorga para la emisión de normas o disposiciones de carácter general, llámese reglamentos; mediante los cuales, es el mismo legislador quien le impone a la Administración instrumentalizar la norma legislativa.

En la teoría general del derecho, podríamos decir que tratándose del ejercicio de las potestades reglamentarias, el principio de la separación de poderes en cierta forma se rompe, al hacer delegación expresa el Poder Legislativo al Poder Ejecutivo de una actividad normativa a fin de la ordenación jurídica de la sociedad (con los límites señalados por la propia Constitución y las leyes). La inactividad se ve manifestada de esta forma como un retraso y en ocasiones, hasta en la negativa absoluta (sin fundamento jurídico alguno) de parte del Ejecutivo de emitir los reglamentos ejecutivos,¹³⁷ dándole contenido reglamentario a las normas legalmente emanadas del legislador y así, poner al alcance del administrado, los instrumentos jurídicos y precisos

¹³⁷ NIETO GARCÍA, Alejandro, *Ibidem*, p. 15.

para que accionen los derechos que le correspondan y que el legislador haya previsto.

La potestad reglamentaria como competencia que le es asignada al Poder Ejecutivo de desarrollar la ley instrumentalmente por medio del reglamento ejecutivo, no es un "poder-deber" en sí mismo, puesto que dependerá del contenido de la propia ley, el que se vea obligado a desarrollar algunos de sus principios, en concordancia con los fines mismos de la Administración de velar por que la ley se aplique. El reglamento entonces, viene a ser el modo en que se le facilite a la Administración su propio actuar, siendo el legislador quien demanda dicha actividad, constituyéndose en una obligación del Ejecutivo, desapareciendo la discrecionalidad de la decisión sobre la emisión, aunque el Ejecutivo se arroge los elementos técnicos de cómo desarrollar la ley.

Por eso, en tanto la Administración se aparte de lo ordenado por el legislador, hay omisión, hay inactividad, hay inacción, trayendo consigo la ilegalidad; y esta omisión puede serlo reglamentando conductas distintas a las mandadas por el legislador, haciendo una reglamentación parcial, o bien proponiendo una nueva legislación pero no reglamentando la vigente, etc., pero en todo caso **omite**, su acción y causa con ello un perjuicio a todos aquellos ciudadanos que vean obstáculos para demandar los servicios que el legislador les esté confiriendo en la norma.

Así las cosas, resulta de natural lógica jurídica que dentro de un sistema normativo como el que hoy tenemos, en que es indiscutible el dominio pleno de la ley en la vida pública, la Administración quede obligada en la norma legal a hacer o dejar de hacer algo que se considere conveniente o necesario para la mejor orientación de la vida social, y consecuente eficiencia del aparato estatal; por ello las normas deben estar claramente delimitadas por ésta y de no estarlo, corresponde a la Administración Pública el dictado correspondiente de los reglamentos.

Al pertenecer este tipo de inactividad material a una dirección en la producción de un acto jurídico (cual es la reglamentación misma), más que de una acción prestacional material en concreto, dejamos solamente planteado aquí, que el problema de la inactividad subsiste, que no contamos con un marco jurisdiccional idóneo para compeler a la Administración a su debido cumplimiento, ya que como lo apunta el profesor NIETO, las leyes con más frecuencia, ordenan (o autorizan) a la Administración que dicte normas de desarrollo, sin las cuales la Ley resulta sencillamente inaplicable. De donde resulta que si la Administración (y el gobierno) permanece inactiva, la Ley no puede producir de hecho, efecto alguno y la voluntad parlamentaria se extingue y consume en la simple publicación en el Boletín Oficial del Estado, frustrándose así los derechos y expectativas de los ciudadanos abiertos por la ley originaria.¹³⁸ Y uno de los problemas básicos con los que pueden encontrarse los particulares, es su difícil legitimación para recurrir de este tipo

¹³⁸ NIETO GARCÍA, Alejandro, *Ibidem*, p. 15.

de inactividad, por considerarse derechos difusos y generales.¹³⁹ La solución no estriba en que el Tribunal "sustituya" a la Administración en su actuar y dicte la norma omitida, sino que "compela" a la Administración a dictarla, y con ello detener la inercia causante de lesión al administrado.

La acción del recurrente deberá estar dirigida a que el juez fije un término perentorio a la Administración, para que proceda a reglamentar la ley en consideración del cómputo del plazo en que la Administración haya estado inerte desde que era su obligación.

Este es otro de los supuestos en los que se reclama una vía de protección distinta de las de un proceso "declarativo", ya que resulta innecesaria la sentencia que constituya tutela legitimadora de una ejecución, en virtud de que ya el acto legitimador existe, la obligación del Ejecutivo resulta evidente y sólo habría que comprobarlo mediante la verificación del plazo dado por el legislador y el incumplimiento manifestado en la inexistencia del desarrollo de ese dictado normativo.

Otro campo de inactividad material a este respecto apuntado, es el de la **inactividad legislativa**, que se da en aquellos casos en que es el propio legislador quien no da contenido a la norma constitucional; sin embargo, por

¹³⁹ A título de ejemplo valga indicar el caso de la existencia de la norma legal de la Ley de Ordenamientos Urbanos que prevé que cada cierto tiempo, la Administración debe dictar normas sobre regulación de rentas, de lo contrario quedarían congeladas en el tiempo provocando el evidente daño para el propietario de un inmueble. Así, si la Administración no dicta dichas normas reglamentarias incurre en inactividad material reglamentaria.

tratarse de un tipo de inactividad que se encuadra fuera de la Administración Pública, no será objeto de estudio, más que el señalamiento preciso de que el problema existe y actualmente no es infrecuente que se dé, lesionando de otra forma al administrado, sin encontrar cauces legales que le den satisfacción a sus requerimientos y clamores de protección y efectividad normativa.

B) Inactividad material prestacional "strictu sensu".

Se conforma este tipo de inactividad material en la prestación de hecho de los servicios públicos, esto es, la inejecución material en las prestaciones vinculadas al servicio, que no presuponen un acto administrativo previo.

Tal y como se indicara anteriormente, la actividad prestacional de la Administración Pública, tiende a la satisfacción de las necesidades determinantes de los sujetos en la sociedad y en su relación con el Estado, de acuerdo a los fines y objetivos que configuran el Estado Social de Derecho. El asunto se plantea aquí en el derecho que le asiste a los ciudadanos de poder exigir a la Administración Pública, el desarrollo de actividades prestacionales que, mediante norma legal o reglamentaria, les ha sido concedida por el mismo Estado, o bien ante perturbaciones o vulneraciones a la esfera de sus derechos e intereses, que le puedan causar tanto la Administración, directamente, como un tercero.¹⁴⁰

¹⁴⁰ Verbigracia: el ya señalado caso del administrado que, sintiéndose lesionado en sus derechos, acude a la Administración Pública, en razón de que un tercero le está interrumpiendo el acceso a su vivienda con una valla, y esta permanece silenciosa sin hacer nada ni evitar

El ciudadano busca la "producción" de una actividad concreta, en ello múltiples ejemplos se pueden reseñar, desde generales: el no arreglo de una calle de la ciudad o la colocación de un semáforo en un barrio determinado; como particulares: la no recogida de la basura en un sitio específico o el corte sin razón jurídica alguna del suministro de agua, de la electricidad o del gas. El sujeto en este supuesto, al verse privado ilegítimamente de un servicio público, requiere la reinstalación del mismo de forma inmediata, lo que desea no es la producción de un acto administrativo confirmatorio de su derecho, sino el despliegue real y efectivo de la actividad o servicio público (exceptuando aquellos casos en donde esté justificada la "no actuación" de la Administración por causas de fuerza mayor o caso fortuito¹⁴¹ y no sea procedente entonces, la demanda del particular, aunque podría plantearse paralelamente, una indemnización de tipo pecuniario por responsabilidad de daños y perjuicios).

Lo dicho hasta aquí, es el resultado de que el derecho del administrado perjudicado con la inactividad administrativa material, se deduzca claramente de la norma legal o reglamentaria (servicios como por ejemplo: recolección de basuras, otorgamiento de servicios de agua, electricidad, etc.; quedando a salvo las "imposibilidades" contempladas por la misma normativa, lo que

dicha perturbación. Podría pensarse también en el caso de que la Administración le diga al solicitante que si tiene razón, pero tampoco hace nada para materializar el derecho que tiene.

¹⁴¹ Véase **GÓMEZ PUENTE, Marcos**, "Responsabilidad por la inactividad de la Administración", *op. cit.*, p. 187, quien a la letra dice: "En este sentido, la imprevisibilidad es equiparable a la fuerza mayor, circunstancia que, al menos en relación con el servicio -supuesta la inexistencia de otras causas externas que por diferente título permitan imputar el daño- exonera de responsabilidad a la Administración."

excluiría toda antijuridicidad de la omisión); sin embargo, en no muchas ocasiones se puede deducir tan fácilmente el posible derecho del particular, por lo que en estos casos resultaría más difícil el control de las omisiones administrativas; aquí, en nuestra opinión, sí resultaría aplicable la teoría de una manifestación previa de voluntad en relación al derecho que le puede asistir al particular demandante. Para ello, deberá demostrar el derecho que dice asistirle y el Tribunal ejercitar el papel de comprobación de lo alegado declarándolo si lo tuviese, para luego y posteriormente entrar al análisis de la inactividad en la que ha incurrido la Administración Pública.

El acceso directo a la vía contencioso administrativo, estaría determinado, primero, por el derecho que pueda tener el sujeto y que pueda demostrar, luego, a la verificación del perjuicio por la inactividad material de la Administración Pública, exigiendo además, una actividad interpretativa de parte del juez integrando el ordenamiento,¹⁴² y por último, la condena deberá ser el despliegue de la actividad omitida si así se determinare por el Tribunal.

El problema que podría focalizarse en este tipo de situaciones fácticas, es que en la mayoría de los casos, muchas de esas actividades están basadas en la discrecionalidad técnica o libertad administrativa, que le permiten a la Administración determinar los parámetros para la prestación del servicio, sin embargo, reiteramos aquí, en relación con esta figura, que, en bajo nuestra

¹⁴² **TORNOS MAS, Joaquín**, "La situación actual del proceso contencioso administrativo", *op. cit.*, p. 1229.

óptica, su alegato le sirve a la Administración para determinar el cómo presta el servicio, no si lo presta, a menos que justifique razonadamente esta negativa, lo que se contrapone a lo que configura la inactividad material administrativa como forma de antijuridicidad.¹⁴³

La determinación del derecho que le asiste al sujeto deberá ser decisivo en este caso, porque de lo contrario, estaríamos convirtiendo la puerta de acceso a la jurisdicción contencioso administrativa (en caso de la contemplación normativa de esta especie de inactividad material) en una desviación de sus propios objetivos, propósitos y espíritu.¹⁴⁴ Tal vez, el desarrollo que se deba hacer en este campo, como técnica para introducir alguna solución al problema, sea la concreción y previsión normativa de

¹⁴³ Como bien lo señala **FERRET I JACAS, Joaquín**, "El control jurisdiccional de la inactividad administrativa", en Revista Documentación Administrativa, Nº 208, abril-diciembre 1986, p. 274, "no hay actividades absolutamente discrecionales, sino aspectos discrecionales en cada actividad administrativa", denotando con esto que siempre habrá despliegue de actividad, más nunca inexistencia de la actividad por la discrecionalidad misma.". Por otra parte, la jurisprudencia señala que: *"...la discrecionalidad de la Administración debe aplicarse en todo caso con sujeción a la ley y al derecho (artículo 103.1 de la Constitución...) así como respetando la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (artículo 9.3 del texto constitucional) y, muy singularmente, sometiéndose al control por los tribunales de la legalidad de la actuación administrativa (artículo 106.1 de la Norma Fundamental), control que se extiende lo mismo al ejercicio de potestades regladas que discrecionales. Una de las técnicas de control de la actividad discrecional de la Administración por parte de los órganos jurisdiccionales es la que se verifica por razón de los hechos determinantes, comprobando si concurren o no en el supuesto enjuiciado las circunstancias de hecho previstas en la norma atributiva de la potestad discrecional ejercitada por la Administración (...)", véase STS de 22 de diciembre de 1995 (Arz 9515), FJ 2. En el mismo orden, "... de tal suerte que la actividad discrecional no ha de ser caprichosa, ni arbitraria, ni ser utilizada para producir una desviación de poder sino, antes al contrario, ha de fundarse en una situación fáctica probada, valorada a través de previos informes que la norma jurídica de aplicación determine e interprete y valorados dentro de la racionalidad del fin que aquélla persigue."* FJ 4. STS de 2 de abril de 1996 (Arz 3032).

¹⁴⁴ En todo caso y de previo a las interposiciones judiciales que correspondan para su debido control, cabe recordar que la Administración tiene la obligación formal de resolver las peticiones que se le sometan. Pero puede tener también una obligación sustancial de decidir si lo pedido es algo que la Administración venga obligada a hacer o que el particular tenga derecho a pedir. Véase **GABALDÓN LÓPEZ, José**, *La defensa jurisdiccional del administrado ante la inactividad administrativa*, op. cit., p. 289.

estándar de actuación administrativa o prestacionales, cambiando así el método normativo legislativo y reglamentario para incluir detallados elementos y precisiones técnicas, en donde se defina la actividad administrativa a desarrollar, en función de la capacidad presupuestaria y la técnica de las administraciones. En otras palabras, es la imperiosa necesidad de que las prestaciones o servicios administrativos deban estar reglamentadas técnicamente en la determinación y sistematización de los criterios requeridos.¹⁴⁵

Ahora bien, de lo expuesto se puede colegir entre supuestos en que intervienen prestaciones que requieren de un tratamiento "urgente" y aquellas, en que su ejecución no es tan apremiante; lo anterior, con el fin de diferenciar el sistema tutelar jurisdiccional que deba recibir uno y otro caso.

¹⁴⁵ Sobre materia de los estándar de actuación, véase ampliamente lo expuesto por **GÓMEZ PUENTE, Marcos**, *La inactividad de la Administración*, *op. cit.* y "Responsabilidad por inactividad de la Administración", *op. cit.*, p. 114, en especial cuando dice que: "La ley ya no deberá sólo habilitar sin más a la Administración, sino establecer mandatos más concretos, pautas, criterios, medidas, principios de actuación, cotas de calidad, estándares (sic) de frecuencia que sirvan a los Tribunales para verificar y controlar la acción administrativa. Un control que, sin esos parámetros legales de referencia, corre el riesgo de hacerse desde los propios y subjetivos parámetros de cada juez". **MARTÍN REBOLLO, Luis**, "La Administración de garantías: vigencia y límites", *op. cit.*, p. 47. **TORNOS MAS, Joaquín**, "La situación actual del proceso contencioso administrativa", *op. cit.*, pp. 1235-1236; publicado este documento también en: Revista de Administración Pública, N° 122, mayo-agosto 1990, p. 126. Refiriéndose como normas "incompletas", véase **NIETO GARCÍA, Alejandro**, "La inactividad material de la Administración: veinticinco años después", *op. cit.*, p. 56.

a) Prestaciones materiales que requieren ejecución inmediata.

Este tipo de prestaciones se encuentra conformada por aquellas demandas (bien de hacer, de dar o de no hacer) que efectúa el administrado ante la Administración, con fundamento en los mismos derechos que el ordenamiento le otorga y que esta última silencia ante un requerimiento expreso, pero con la característica precisa de que por la naturaleza de la omisión, la acción administrativa debe ser desplegada de forma inmediata, so pena de perderse el objeto mismo de la solicitud y se pierda el contenido sustancial del derecho de los administrados. Ejemplos tales como, prestaciones médicas del seguro de enfermedad: paciente que requiere de una operación "urgente" y no puede esperar la lista de espera de un año; materialización en efectivo de una beca otorgada, ante la fecha de inicio del curso correspondiente; paralización de obras de construcción del metro que se realizan en horas de la madrugada; particular que impide con una valla el acceso a la vivienda de su vecino y el Ayuntamiento lo permite con su silencio, etc.. Parece evidente, que aquí el proceso jurisdiccional, por rápido que sea el procedimiento aplicable, no es cauce idóneo para cumplir con el derecho y la satisfacción plena del administrado.¹⁴⁶ Paradójicamente, este tipo de situaciones es acaso, de las que mayormente se presentan en la realidad fáctica y las que cuentan con menor -por no decir inexistente- tutela

¹⁴⁶ Véase GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, "Nuevos sistemas de control de las Administraciones Públicas", *op. cit.*, p. 413.

jurisdiccional efectiva, dejando el derecho de los administrados en el campo de las frustraciones y la decepción al sistema judicial.

Al requerir el administrado la actuación sustancial inmediata por parte del órgano administrativo, el acceso al contencioso debe significarle que ante el perjuicio que se le está causando, pueda constreñirse a la Administración a actuar de forma inmediata; el problema radica en que el sistema no se encuentra dispuesto para que los Tribunales puedan verificar el derecho alegado por el particular de forma expedita y basándose en la "demostrable" ausencia de actividad, "obligar" al ente a cumplir con su deber.

Si la petición es con carácter urgente (el cierre de un local que causa excesivos ruidos), lo que se requiere es la actuación material e inmediata de la Administración y no su pronunciamiento formal (que le digan al vecino mediante una resolución que sí tiene razón), porque la inactividad material subsiste, aunque no la formal al hacer pronunciamiento, pero esto último, igual le da al particular. Por ello, el proceso que idealizamos debe contemplar una efectividad tal, que fundamentado en la sumariedad del procedimiento, se logre compeler a la Administración a la acción inmediata, que es en suma la pretensión prestacional.¹⁴⁷

¹⁴⁷ **GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago**, *Problemas actuales de la jurisdicción contencioso-administrativa*, op. cit., p. 26, y refiriéndose a la indiscutibilidad de la reforma que opera hoy día en la fundamentación que enlaza con ése Estado prestacional que nos circunda y el derecho del particular a obtener de él lo debido por el mismo ordenamiento, para ello, cita en nota al pie de página a **TORNOS MAS**, el cual mantiene que "las nuevas exigencias de la sociedad modifican el marco real de funcionamiento de la Administración y se modifica la relación administrado-ciudadano. La norma a la que debe referirse el juez para enjuiciar la conducta administrativa no es ya siempre el límite a la injerencia administrativa en la esfera del particular, sino el fundamento de una actuación de la que depende sea realidad el derecho del

La prestación que se pide, debe deducirse claramente del ordenamiento, en relación al derecho que le asiste al perjudicado. Si la ley es clara, el problema que se presenta es la determinación del derecho que le asiste al sujeto requirente, y la solución estaría en que desde el mismo *petitum* (y que tratándose de situaciones de apremio, estaría fuera de toda formalidad procesal-jurídica) el particular razone las justificantes de su derecho, pudiendo constatar el juez o Tribunal el tipo de prestación de que se trata, la norma legal omitida y la inactividad de la Administración, pudiendo de esta forma emitir una resolución que, declarando el derecho del administrado, pueda concatenadamente condenar a "actuar" a la Administración. Si pensamos en ejemplos concretos, podemos traer a colación las previsiones del derecho local, al establecimiento y exigibilidad de ciertos servicios públicos (tema sobre el cual ya alguna doctrina se ha encargado de analizarla),¹⁴⁸ así, dentro de las competencias que arrojan a los municipios, está lo que establece el artículo 26 de la Ley de Bases del Régimen Local, el cual a la letra dice:

"Los municipios por sí o asociados deberán prestar, en todo caso, los servicios siguientes:

a) En todos los Municipios:

administrado (...) lo que se pide al juez es la imposición de una conducta correcta a la Administración para hacer realidad un *derecho de prestación* y lo enlaza con el «Estado-prestacional». Véase con mayor amplitud **TORNOS MAS, Joaquín**, "La situación actual del proceso contencioso administrativo", *op. cit.*

¹⁴⁸ **GÓMEZ PUENTE, Marcos**, *La inactividad de la Administración*, *op. cit.*, p. 726 y en especial referencia a las siguientes obras allí citadas: **MARTÍN RETORTILLO, Cirilo**, *Las obligaciones mínimas de los Ayuntamientos*, Instituto Edit. Reus, Madrid, 1956 y **QUINTANA LÓPEZ, Tomás**, *El derecho de los vecinos a la prestación y establecimiento de los servicios públicos municipales*, Edit. Civitas, Madrid, 1987.

Alumbrado público, cementerio, recogida de residuos, limpieza viaria, abastecimiento domiciliario de agua potable, alcantarillado, acceso a los núcleos de población, pavimentación de las vías públicas y control de alimentación y bebidas..."

Es este el tipo de servicios públicos desde donde la inactividad material puede ser atacada, por la garantía que debe dar la Administración de ellos. es decir, que la norma sea clara otorgándole un derecho y que éste no precise de un pronunciamiento previo de la Administración,¹⁴⁹ conseguido de esta forma que no tenga que hacerse un "proceso al derecho", es decir, un procedimiento para reconocer si el particular que acude a la vía jurisdiccional tiene o no el derecho a acudir, y luego, darle la oportunidad de forma perentoria a la Administración que justifique su inactividad (lo que llamamos procedimiento sumarísimo), conformando entonces el juez los elementos para la debida y sobre todo "oportuna" resolución jurisdiccional y la condena a la Administración de la actuación omitida, de lo contrario no conseguiríamos ninguna mejora al ordenamiento.

Y si vamos más allá, los proyectos de Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de repetida cita, tampoco vienen a resolver absolutamente nada en esta tesitura, ya que si bien abren la posibilidad a la

¹⁴⁹ Piénsese en el derecho a la recogida de basuras que tiene un particular, derecho deducido de la misma Ley de Bases de Régimen Local (artículo 26.1.a). Tiene el carácter de "urgente" porque de no llevarse a cabo la recogida, su acumulación puede traer consigo graves consecuencias a la salud pública y por último no necesita de un acto de aplicación porque la misma norma lo prevé sin requerir de un permiso previo o resolución administrativa.

vía para impugnar las inactividades que tengan como fundamento normas legales o reglamentarias que no precisen actos de aplicación, el particular *recurrente debe esperarse un plazo mínimo de tres meses desde el requerimiento último a la Administración, para poder deducir la demanda contencioso administrativa ordinaria*; ¿resulta entonces lógico el planteamiento del proceso tal y como está siendo configurado, ante un perjuicio que causa graves lesiones al particular desde el mismo momento de su nacimiento? Por supuesto que la respuesta será siempre negativa y también lo será ante la perspectiva de si existe en estos supuestos una verdadera tutela judicial efectiva (artículo 24.1 Constitución Española).

Finalmente, valga indicar que independientemente de la consideración de la accesibilidad al proceso (problemas de legitimación), la determinación de las actuaciones por vía jurisdiccional deben estar basadas en la posibilidad de una práctica resolución condenatoria y efectiva y no meramente declarativa y lo que es más, esa condena venga al proceso en el momento mismo que deba hacersele justicia al derecho de los ciudadanos.

b) Prestaciones materiales de ejecución no urgente.

Para aquel tipo de situaciones en que se vea inmerso el particular en que la Administración permanezca inactiva, y que su derecho no sea por su naturaleza misma, de carácter "urgente", sí cabría pensar en la aplicación relativa de la norma propuesta en los proyectos de ley, ya que el particular

estaría en capacidad de esperar los tres meses de requerimiento formal al ente administrativo para acceder a la vía contencioso administrativa.

Decimos que podría darse una aplicación relativa, en tanto el efecto procesal es el mismo: la inercia administrativa en el tiempo y el perjuicio al derecho del administrado; también porque la norma puede generar igualmente una resolución judicial con efectos meramente declarativos y una vez más, aquí de lo que precisamos es de un proceso ejecutivo, en donde se "condene" a la Administración a un hacer y esta resolución finalmente se cumpla.

Son aplicables en este caso, las consideraciones emanadas del punto anterior en relación a la verificación real del derecho del sujeto, máxime si tomamos en cuenta, que el Tribunal aquí contará, previa verificación, del derecho puesto en peligro con la inacción (para determinar si se trata de un caso de ejecución inmediata o no) con un tiempo mayor de resolución.

C) Inactividad material positiva.

Este tipo de inactividad es llamada así por el profesor NIETO GARCÍA¹⁵⁰ como un supuesto más de inactividad material "de no hacer" y se da cuando la Administración por su accionar cotidiano, despliega acciones que pueden perturbar derechos ciudadanos, y a pesar de ello y de la solicitud expresa del

¹⁵⁰ NIETO GARCÍA, Alejandro, "La inactividad material de la Administración: 25 años después", *op. cit.*, p. 23.

administrado a fin de que se detenga dicha perturbación, la Administración no lo hace.¹⁵¹

Este es el caso más caracterizador de la inactividad por acciones de "no hacer" y si con élla el Estado causa lesiones al particular, debe también darle el acceso pertinente a la vía jurisdiccional para que pueda hacer valer sus derechos. Citemos como ejemplo, aquella actividad que por motivos de construcción de un ramal del metro se realizan obras en un determinado barrio, pero que por la falta de planificación en el tiempo y la aceleración de la misma, se efectúan por la noche, pero con altos niveles de ruido que perturban la tranquilidad y el sueño de los vecinos de la zona. Aquí sería evidente y manifiesto el daño que se le puede causar a un sujeto que viva en dicha zona, situación que no podría, en modo alguno, sostenerse por mucho tiempo, ni esperar a que su "solicitud" recorra todo un entramado de gestiones, recursos, trámites y un proceso sea contencioso o no, para que, como sucede en todos los casos vistos anteriormente, el Tribunal le diga al sujeto que tiene derecho a que la Administración cese en su actividad o que le exija al contratista el cumplimiento de las normas de ejecución, pero no se llega a hacer efectiva dicha disposición. El administrado necesita del sistema una acción que le permita que, ante la "pasividad" de la Administración de cesar en su actividad y resolverle su petición, pueda el órgano jurisdiccional de una manera inmediata

¹⁵¹ Posición contraria es sostenida por **GÓMEZ PUENTE, Marcos**, *La inactividad de la Administración*, pp. 115-116, que ve inconveniente aceptar como una especie de inactividad a la inactividad material positiva, considerando que de lo que se trata aquí, no es de inactividad sino por el contrario de una "actividad ilegal", sin embargo es nuestro criterio que el profesor NIETO GARCÍA ha hecho una diferenciación precisa entre la inactividad por conductas de "hacer" y la inactividad por conductas de "no hacer" y esta es una de ellas.

(con verificación plena y previa de los efectos dañosos) "obligar" a la Administración a suspender dicha actividad; ya el profesor NIETO lo propone muy sutilmente al decir que, "la frecuencia de estos supuestos, que constituye una nota generalizada de la vida urbana actual, coloca a los ciudadanos en una situación de indefensión, que urge remediar mediante la ampliación de los mecanismos de acceso y actuación de los Tribunales."¹⁵²

¹⁵² NIETO GARCÍA, Alejandro, "La inactividad material de la Administración: veinticinco años después", *op. cit.*, p. 24.

CAPÍTULO III

OBJETO Y PRETENSIÓN DEL RECURSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

CAPÍTULO III

OBJETO Y PRETENSIÓN DEL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

I. PLANTEAMIENTO.

En el capítulo anterior, hemos hecho una breve referencia a la pretensión como objeto del recurso contencioso administrativo contra la inactividad de la Administración Pública, sin embargo, dada su importancia y la claridad que debe imperar como fundamento mismo a una nueva regulación sobre la materia en nuestro ordenamiento, se hace necesario ahondar en algunos tópicos en relación a este tema.

Valga decir como preámbulo genérico, que el control a ejercer por el órgano jurisdiccional **debe ser plenario**, es decir, total, dirigido a la manifestación del actuar Administrativo en todas sus posibles formas como persona jurídica de derecho que es. Como apunta LORENZO JIMÉNEZ,¹⁵³ el objeto del control jurídico es el comportamiento humano productor de efectos jurídicos, observado por los órganos de la Administración, imputables o atribuibles a la persona pública que ejerce la función administrativa.

¹⁵³ LORENZO JIMÉNEZ, José Vicente, *Reflexiones sobre el proceso contencioso-administrativo*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993, p. 3.

En este sentido, se debe concebir un control destinado a salvaguardar tanto los derechos como los intereses legítimos de los individuos y grupos en que éstos son ejercidos, así como también corregir los abusos, irregularidades y desviaciones de las actividades llevadas a cabo por la Administración Pública en sus relaciones con el ciudadano. Añade GONZÁLEZ-VARAS IBAÑEZ, que "el sentido principal de la jurisdicción contencioso-administrativa es el resarcimiento de los intereses jurídico-subjetivos de los ciudadanos; dentro de esta función encuentra sentido (haciéndose necesario) el control de la legalidad".¹⁵⁴

Y qué mayor control sería necesario, que aquel que debe ejercerse sobre la actividad que bien por imperativo legal o reglamentario, bien por un acto ya emitido, contrato o convenio, deja de ser ejercida por el órgano administrativo a quien esté delegado su ejercicio.

Bajo esta óptica, mucho se ha discutido doctrinariamente en relación al objeto del proceso contencioso administrativo, esencialmente en relación a

¹⁵⁴ **GONZÁLEZ-VARAS IBAÑEZ, Santiago**, *Problemas procesales actuales de la jurisdicción contencioso-administrativa*, op. cit., p. 81. Para **ALONSO IBAÑEZ, María del Rosario**, *Las causas de inadmisibilidad en el proceso contencioso administrativo*, Edit. Civitas, primera edición, Madrid, 1996, p. 106, "ni siquiera la legalidad administrativa debe ser ya el centro del sistema de justicia administrativa. Dado lo que establece el artículo 106.1 de la Constitución, una justicia basada en el control de legalidad exclusivamente está ya superada, por tanto, ahora ya definitivamente, debe producirse una desvinculación del objeto del proceso contencioso-administrativo, acto que pasa a quedar reducido a su verdadera función procesal de acreditación y formalización de la existencia de un conflicto entre ciudadano y Administración. Esta es la única realidad incuestionable que debe derivarse del carácter impugnatorio del recurso contencioso-administrativo." Señala el informe del Consejo de Estado al proyecto sometido en 1995, p. 7, que: "Los artículos 97, 103 y 106 de la Constitución son terminantes al someter al Derecho "todos" los actos de los poderes públicos y, en consecuencia, sujetarlos al control jurídico."

cual es la base que lo sostiene, es decir, a la discusión sobre su objetivación (análisis de la mera legalidad del acto administrativo) o subjetivación (análisis de la situación de litigio entre las partes intervinientes), todo lo cual ha generado no pocos estudios y desarrollos temáticos, que tratan de determinar su objeto y de armonizar su tratamiento con las corrientes constitucionales de una tutela jurisdiccional que venga a paliar las necesidades de protección.

II. EL ACTO COMO OBJETO DEL PROCESO.

La concepción tradicional del contencioso administrativo, desarrollada sobre el modelo francés de *excès de pouvoir*, es decir **un proceso al acto**, no es el que motiva y anima en la actualidad el proceso contencioso administrativo español, como claramente lo indica el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA, "el contencioso no es, en modo alguno, un proceso al acto, o de protección de la sola legalidad objetiva; es un proceso de efectiva tutela de derechos, los del recurrente y los de la Administración (...) entre sí confrontados. No se trata, pues, de un supuesto proceso objetivo sin partes."¹⁵⁵

Se hace necesario, así, remitirse a la letra de la ley, con el fin de deducir, por medio de su texto, el objeto mismo del contencioso en el sistema actual, así, traemos a colación el artículo 1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa vigente, el cual reza lo siguiente:

¹⁵⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Hacia una nueva justicia administrativa*, Edit. Civitas, segunda edición ampliada, Madrid, 1992, p. 52

"1. La jurisdicción Contencioso-administrativa conocerá de las pretensiones que se deduzcan en relación con los actos de la Administración Pública sujetos al Derecho administrativo y con las disposiciones de categoría inferior a la ley."

Como se puede ver claramente, el proceso contencioso-administrativo se configura según el texto literal de la ley vigente hoy día, sobre la base de que su objeto son las pretensiones que de los actos administrativos se deduzcan, de allí que la existencia previa de un acto administrativo emanado de la Administración Pública sea el parámetro y fuente, para acoger o no las pretensiones de los particulares, tal y como lo dispone la norma primera indicada. Como dirá ACOSTA ESTEVEZ, la existencia previa de un acto administrativo emanado de la Administración Pública supone la posibilidad de deducir una pretensión frente a la misma ante los Tribunales, bien para solicitar la anulación de dicho acto, bien para solicitar el reconocimiento de una determinada situación jurídica.¹⁵⁶

Así pues, al ser el objeto del contencioso-administrativo, una pretensión subjetiva basada en el acto administrativo, es que se ha generado la teoría del carácter revisor del contencioso, en cuanto el órgano jurisdiccional entra a revisar lo actuado por la Administración en sus relaciones con los particulares.

¹⁵⁶ ACOSTA ESTEVEZ, José, *Pretensión procesal administrativa, ejecución de sentencias y construcción jurisprudencial de la litispendencia en lo contencioso-administrativo*, op. cit., p. 37.

1. Carácter revisor de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Se explica el carácter revisor de la vía contencioso-administrativa, fundamentado en un viejo dogma -por demás erróneo-,¹⁵⁷ de que los Jueces y Tribunales entran a actuar únicamente cuando la Administración ha actuado.¹⁵⁸ Es la misma línea de definición que sigue CORDÓN MORENO¹⁵⁹ al definir

¹⁵⁷ Véase **PARADA VÁZQUEZ, Ramón**, "Réplica a Nieto sobre el privilegio de decisión ejecutoria y el sistema contencioso-administrativo", en *Revista de Administración Pública*, N° 59, mayo-agosto 1969, para quien un mayor perfeccionamiento de la justicia administrativa requiere la ruptura, entre otras cosas, del acto previo que obliga al administrado a llegar al proceso contencioso en la posición de vencido apelante. Tanto **GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo** como **FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón**, en: *Curso de Derecho Administrativo*, T. II, op. cit., pp. 586 y ss., han puesto de relieve que el supuesto principio del carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa, a sido una cuestión de carácter histórico y que, a partir de la Ley de 27 de diciembre de 1956, carece de sustento jurídico toda vez que el objeto del proceso contencioso-administrativo no es, pues, el acto previo, sino las pretensiones que se deduzcan en relación al mismo, según reza literalmente el artículo 1º de la Ley Contencioso Administrativa. Por otra parte, con contundencia, **SANTIAGO TAWIL, Guido**, *Administración y Justicia*, op. cit., p. 161, deja claro la dimensión del carácter revisor en relación al acto administrativo, y expresa que: "No cabe duda, pues, que el carácter revisor ha alcanzado verdaderos contornos míticos con sustento en afirmaciones esencialmente dogmáticas. El acto se convierte así, como bien se ha dicho, no sólo en un presupuesto del proceso contencioso-administrativo, sino, lo que es mas grave, en el patrón al que necesariamente debe ajustar el juez su sentencia al resolver en la causa."

¹⁵⁸ En este sentido véase a **SÁNCHEZ SUÁREZ, Rafael**, *La Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa*, Cuadernos de documentación N° 14, Instituto Nacional de Prospectiva, Madrid, 1980, pp. 33 y 63, en especial cuando dice que: "Por tradicional y comúnmente admitida conserva la Ley la terminología de «recurso contencioso-administrativo», para poner de manifiesto la necesidad de que antes de acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa exista un acto administrativo, lo que, el propio legislador advierte, no significa concebir dicha jurisdicción como una segunda instancia; todo lo contrario, **es un proceso entre partes** en el que se deciden pretensiones deducidas de la parte actora **por razón o con ocasión de un acto administrativo**, de ahí su carácter de revisora..." (El destacado no pertenece al original). Cfr. **GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago**, *Problemas procesales actuales de la jurisdicción contencioso-administrativa*, op. cit., p. 31.

¹⁵⁹ **CORDÓN MORENO, Faustino**, *El proceso Administrativo*, La Ley, Madrid, 1989, p. 10. Cfr. **SÁNCHEZ SUÁREZ, Rafael**, *La ley de la jurisdicción Contencioso-Administrativa*, op. cit., p. 43, en el entendido de que sólo se instituyó la figura de un régimen general de silencio administrativo, de forma que la exigencia de un acto administrativo previo no constituyese un impedimento para los interesados, que, ante la pasividad de la Administración Pública en resolver, se vieran así privados de acudir ante la jurisdicción contenciosa en demanda de sus pretensiones. Sin embargo, la figura genérica del silencio viene a ser un instrumento inefectivo para la tutela judicial efectiva, porque opera únicamente como una posibilidad de acceso, al enmarañado proceso contencioso administrativo, en el cual, finalmente la resolución sería luego de mucho tiempo, la "declaratoria" del derecho que le asiste al recurrente. En este tema, véase **BREWER CARIAS, Allan**, *Principios del Procedimiento Administrativo*, op. cit., p. 226, en especial cuando expresa que al particular no le protege nada el hecho de entender que el acto

éste, como aquel por el cual la jurisdicción contencioso-administrativa sólo puede actuar cuando exista un acto previo que, al lesionar (normalmente) una situación jurídica sustancial del accionante, fundamenta una pretensión de anulación y, en su caso, de restablecimiento de aquella situación lesionada (quedando a salvo la situación que plantea la inactividad formal por medio del régimen especial de la figura del silencio administrativo).

A pesar de lo dicho, este mismo autor señala jurisprudencia en el sentido de que la función revisora atribuida a la jurisdicción contencioso-administrativa, no significa que ésta deba resolver solamente sobre aquellas cuestiones sobre las que la Administración resolvió, sino que también debe hacerlo respecto de aquellas en las que, pudiendo y debiendo resolver, ésta no lo hizo, examinando con toda amplitud si el actuar de la Administración se ajustó al ordenamiento jurídico.¹⁶⁰

Conecta con la última idea apuntada, lo expresado por GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ,¹⁶¹ quienes consideran que la

que solicita, por ejemplo, el otorgamiento del permiso de construcción solicitado, se le niega tácitamente, pues nada gana con ello: ¿cómo lo va a impugnar, si no hay motivación? ¿qué gana con una decisión judicial que declare la nulidad del acto denegatorio tácito?. En realidad, el particular lo que requiere es que la Administración dicte el auto a que está obligada, por lo que en estos casos, la garantía jurídica del mismo, está en el recurso contra las conductas omisivas (refiriéndose al recurso de esta naturaleza existente en el derecho Venezolano) y no en el silencio denegatorio, pues a través del mismo se logra que el juez obligue a la Administración a decidir.

¹⁶⁰ Véase Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 1983, R. 5817, Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 1981, R. 2113/1982.

¹⁶¹ **GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo** y **FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón**, *Curso de Derecho Administrativo*, T. II, *op. cit.*, pp. 568 y ss. En cambio para **LÓPEZ MUÑOZ** en: *La reforma del Proceso Contencioso-Administrativo*, **PÉREZ MORENO, Alfonso** (Coordinador), Edit. Aranzadi, Pamplona, 1995, p. 111, considera que si bien es cierto el carácter revisor no consiste en otra cosa más que en limitar efectivamente el ámbito de actuación jurisdiccional con respecto a aquello que necesariamente ha tenido que ser antes planteado a la Administración

configuración revisora del proceso no pasa de ser una mera alternativa organizatoria, absolutamente indiferente desde el punto de vista de los principios institucionales que informan el sistema y ajena totalmente a dichos principios, de un simple dispositivo instrumental que bien pudiera no existir. Y es que, para efectos de la inactividad material como forma de ilegalidad administrativa, el carácter revisor sería una ficción, en virtud de que no existe una "actividad formal" que impugnar, es decir no existe acto administrativo que se pueda alegar como infringido. El particular con lo que cuenta, es con la omisión a un deber legal o reglamentario en los términos que indica el artículo 28 de ambos proyectos de ley anteriormente indicados. Si tomamos como ejemplo el derecho al establecimiento y prestación de servicios públicos del artículo 18 de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local de 2 de abril de 1985, en el caso de que una Comunidad de vecinos tenga derecho a la instauración de un cementerio y lo soliciten así al Ayuntamiento, silenciando éste cualquier respuesta al respecto; de interponerse una acción contencioso-administrativa por inactividad material de la Administración Pública, no habría acto alguno al que el órgano jurisdiccional pueda entrar a revisar, lo que no significa que no se haya configurado una ilegalidad administrativa, que la misma permanezca y que la misma no pueda ser impugnada judicialmente.

Finalmente, se debe poner de manifiesto y concluir, que el carácter revisor viene necesitando desde hace tiempo una profunda revisión si se

pretende hacer de la jurisdicción contencioso-administrativa un instrumento idóneo a fin de satisfacer las exigencias derivadas del artículo 24 de la Constitución Española.¹⁶²

2. El acto previo y la inactividad administrativa.

Con lo anterior, tal y como lo había apuntado NIETO en su ilustre planteamiento sobre la inactividad administrativa, hace más de 25 años,¹⁶³ cuando la Administración ha dejado de actuar, es decir, no ha cumplido con sus deberes legales, no hay acto que pueda impugnarse porque el mismo no se ha producido; entonces, si seguimos una línea de objetivación del proceso, qué acto se va a impugnar ante una omisión de la Administración? No existe acto previo que pueda dar pie a una demanda de este tipo, ya que la pretensión del sujeto afectado, tendrá que fundamentarse en un acto de la Administración, considerando el acto como actuaciones administrativas formalmente declaradas, no pudiendo entrar en este concepto, el carácter amplio que debe tener el actuar administrativo, incluyéndose toda forma de actuación administrativa (ya sea esta por acción o por omisión).

¹⁶² Véase **RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María**, "Otro embate contra el carácter revisor: el recurso contencioso-administrativo ante el incumplimiento por el Jurado Provincial de Expropiación de la obligación de fijar el justiprecio en plazo (STC 136/1995, de 25 de septiembre)", en *Revista de Administración Pública*, enero-abril 1996, p. 221.

¹⁶³ **NIETO GARCÍA, Alejandro**, "La inactividad material de la Administración: veinticinco años después", *op. cit.*, pp. 11-64. Cfr. **GABALDÓN LÓPEZ, José**, *La defensa jurisdiccional del administrado frente a la inactividad de la Administración*, *op. cit.*, p. 265.

Tomando a préstamo las palabras de ACOSTA ESTEVEZ,¹⁶⁴ en esta materia hay que hacer hincapié en los casos de inactividad administrativa, sobre los cuales el principio revisor queda en las antípodas de la realidad jurídica existente o presente, en casos en que se precisa de garantizar los derechos e intereses legítimos a un sujeto frente a la inactividad de la Administración.

Si la inactividad de la Administración es una clara forma de ilegalidad tal y como venimos sosteniendo, el acto previo y la concepción de una jurisdicción revisora de actos y no de ilegalidades, debe desaparecer en tanto es obvio que ante la inactividad lo que se imputa es precisamente que no hay actuación administrativa alguna y, el requerimiento que hace el particular ante los órganos jurisdiccionales se fundamentan precisamente en solicitar que se "obligue" al órgano administrativo a funcionar y actuar según esté estipulado.¹⁶⁵

El carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa - RODRÍGUEZ DE SANTIAGO-, que hace de la impugnación de un acto administrativo la única llave que abre el acceso a la protección judicial, puede, en alguna ocasión, ser un obstáculo a ese derecho prestacional que tiene el ciudadano frente a los órganos judiciales, por la razón de que no todo conflicto con la Administración se deja formalizar fácilmente como impugnación de un

¹⁶⁴ ACOSTA ESTEVEZ, José, *Pretensión Procesal administrativa, Ejecución de Sentencias y construcción jurisprudencial de la litispendencia en lo contencioso administrativo*, op. cit., p. 73.

¹⁶⁵ Otro asunto sería la determinación de que la actuación debe serlo en la mejor forma, es decir, con un " estándar " mínimo de actuación administrativa.

acto previo, ni siquiera con la ampliación de dicho concepto que supone la técnica del silencio administrativo o acto presunto.¹⁶⁶

Apoyamos esta pretensión, basándonos además en que con la entrada en vigencia de la Constitución de 1978, aquellas áreas que todavía parecían oscuras o con posibilidades de una interpretación negativa -como lo son las omisiones e inacciones administrativas-, puedan quedar cubiertas por la efectividad misma que demanda la tutela judicial (art. 24 de la Constitución Española), así como el pleno sometimiento de la Administración Pública al Derecho,¹⁶⁷ situación que, anterior a la Constitución no podía ser impugnada flagrantemente por razón misma de la poca claridad que arroja el texto de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956 y vigente hoy día. Ya sentencias del Tribunal Constitucional destacan esta situación, haciendo una ruptura del dogma del acto administrativo previo como presupuesto para el

¹⁶⁶ Véase **RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María**, "Otro embate contra el carácter revisor: el recurso contencioso-administrativo ante el incumplimiento por el Jurado Provincial de Expropiación de la obligación de fijar el justiprecio en plazo (STC 136/1995, de 25 de septiembre)", *op. cit.*, p. 222.

¹⁶⁷ A pesar de esto, en opinión del profesor **GARRIDO FALLA, Fernando**, "El objeto del recurso contencioso-administrativo: actos impugnables y pretensiones", *op. cit.*, p. 109, el artículo 29 del proyecto de ley de reforma de la jurisdicción contencioso administrativa que es el que innova la materia impugnatoria a la inactividad de la Administración no resuelve la situación y opina contrariamente a aquellos que expresan que con esta nueva regulación se llega a tapar "el agujero negro" de nuestro ordenamiento, que constituye la inactividad material de la Administración Pública (expresión utilizada en la exposición de motivos del proyecto de Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1997). En relación al apoyo constitucional, resalta **NIETO GARCÍA, Alejandro**, "La inactividad material de la Administración: veinticinco años después", *op. cit.*, p. 18, que "gracias a la Constitución, lo que anteriormente eran meras intuiciones y deseos voluntaristas de remedio, ahora han encontrado un respaldo normativo contundente, aunque sea difuso." Señala **RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María**, "Otro embate contra el carácter revisor: el recurso contencioso-administrativo ante el incumplimiento por el Jurado Provincial de Expropiación de la obligación de fijar el justiprecio en plazo (STC 136/1995, de 25 de septiembre)", *op. cit.*, p. 222, que se impone la interpretación correctiva de la legislación vigente para dispensar amparo en esos casos que quedarían desprotegidos con una aplicación rigurosa del principio del acto previo, porque más valor hay que otorgar a la satisfacción de un derecho fundamental que al apego a meras reglas procesales, por mucho arraigo y tradición que éstas tengan.

acceso a la protección jurisdiccional, verbigracia, véase Sentencia del Tribunal Constitucional 294/1994 de 7 de noviembre (ponente: Alvaro Rodríguez Bereijo), que en lo conducente dicta:

"Por lo que se refiere a la segunda objeción, esto es, la inidoneidad de la inactividad administrativa como objeto del recurso contencioso-administrativo, hay que decir que de ningún modo puede excluirse que el comportamiento inactivo u omisivo de la Administración pública pueda incurrir en ilegalidad y afectar a los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos. La plenitud del sometimiento de la actuación administrativa a la Ley y al Derecho (art. 103.1 CE), así como de la función jurisdiccional de control de dicha actuación (art. 106.1 CE), y la efectividad que se predica del derecho a la tutela judicial (art. 24 CE) impiden que puedan existir comportamientos de la Administración pública -positivos o negativos- inmunes al control judicial."

Lo dicho nos lleva indiscutiblemente, a efectuar una exégesis integral del ámbito de control que plasma el artículo 1.1 de la Ley Contencioso-Administrativa en relación con los artículos 24, 103.1 y 106.1 de la Constitución Española,¹⁶⁸ en la búsqueda y aplicación de un control eficaz y pleno sobre el área de inacción administrativa.¹⁶⁹

¹⁶⁸ En este sentido, señala la exposición de motivos del proyecto de ley sometido en 1997, "...la influencia de la Constitución en el régimen de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa no se reduce a lo que disponen los artículos 9.1, 24, 103.1 y 106.1. De manera más o menos mediata, la organización, el ámbito y extensión material y el funcionamiento de este orden jurisdiccional se ve afectado por otras muchas disposiciones constitucionales, tanto las que regulan principios sustantivos y derechos fundamentales, como las que diseñan la estructura de nuestra Monarquía parlamentaria y la organización territorial del Estado. Como el resto del

El ordenamiento debe contemplar directa y con toda contundencia (esto es sin requerimiento de acto previo), la inactividad de la Administración Pública como una forma más de impugnación ante los Tribunales de Justicia y a la que, cualquier ciudadano que se sienta perjudicado tanto por los actos como por las omisiones de los aparatos burocráticos que se enfrentan diariamente a su esfera particular de derechos, pueda recurrir sin sentir que la justicia no es consecuente con los postulados de un verdadero Estado de Derecho en donde ningún área de "actuación" o de "omisión" administrativa escapen al control de la justicia. Otro problema será la limitación que se impone al sujeto para la actuación, que el mismo proyecto de ley deja sin solución y al que ya hemos hecho referencia cuando hablamos de la legitimación que se debe de ostentar para impugnar aquel tipo de inactividad que no pueda ser concretada en persona o personas determinadas, tal y como lo anota expresamente el artículo 29 del proyecto aludido.¹⁷⁰ De lo que resulta -GÓMEZ PUENTE- que

ordenamiento, también el régimen legal de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa debe adecuarse por entero a la letra y al espíritu de la Constitución." También véase lo que al respecto señala **LEGUINA VILLA, Jesús**, "La reforma de la ley de la jurisdicción contencioso-administrativa: planteamiento general", *op. cit.*, p. 220, al decir que: "Con arreglo a tales imperativos constitucionales (refiriéndose tanto al artículo 24 como 106), la jurisdicción contencioso administrativa tiene que dejar de ser estrictamente revisora de reglamentos y actos previos para acoger con normalidad la posibilidad de control de otras formas de intervención o de actuación administrativa."

¹⁶⁹ Señala **GUILLÉN PÉREZ, María Eugenia**, *El silencio administrativo (El control judicial de la inactividad administrativa)*, *op. cit.*, p. 301, que: "desde la promulgación de nuestra Constitución resulta insostenible sostener cualquier interpretación que deje inmune de control jurisdiccional cualquier tipo de inactividad de la Administración en el ámbito de la potestad administrativa." Cfr. **FERRET I JACAS, Joaquim**, "El control jurisdiccional de la inactividad administrativa", *op.cit.* p. 266.

¹⁷⁰ Artículo 29.1: "Cuando la Administración, en virtud de una disposición general que no precise de acto de aplicación o en virtud de un acto, contrato o convenio administrativo, esté obligada a realizar una **prestación concreta en favor de una o varias personas determinadas**, quienes tuvieren derecho a ella pueden reclamar de la Administración el cumplimiento de dicha obligación..." (El destacado es nuestro)

no podrá recurrirse la inactividad material de la Administración consistente en el incumplimiento por omisión de deberes legales de hacer establecidos en favor del interés general, de intereses de carácter difuso o indeterminado o, incluso, de intereses colectivos, a pesar de que la protección de esta clase de intereses constituye uno de los objetivos claves del Estado social.¹⁷¹

III. CONSIDERACIÓN DE LAS PRETENSIONES PROCESALES.

La raíz del asunto radica, en nuestra opinión, en la consideración de las **pretensiones** procesales, desde donde se parte para solicitar el control de una ilegalidad cometida por la Administración, trátase ésta de una actuación (fundamentada en un acto administrativo) o bien de una omisión (basada en un acto inejecutado, contrato, convenio o bien en una norma legal o reglamentaria que no precise de actos de aplicación).

1. Una concepción subjetiva del contencioso administrativo.

Según lo dicho, el acto no es el objeto del recurso contencioso, sino las pretensiones que de él se deduzcan,¹⁷² es más, si nos vamos más allá, éste desfase y vacío legal actual de considerar sólo las pretensiones

¹⁷¹ GÓMEZ PUENTE, Marcos, *La inactividad de la Administración*, op. cit., p. 201.

¹⁷² Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, T. II, op. cit., pp. 570 y 607. También véase: GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago, *Las pretensiones en el proceso administrativo español y la pretensión prestacional*, op. cit., p. 28. Cfr. ESCUSOL BARRA, Eladio y RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ, Jorge, *Derecho Procesal Administrativo*, Edit. Tecnos, Madrid, 1995, p. 346. También CORDÓN MORENO, Faustino, *El proceso Administrativo*, op. cit., p. 87, llama a la "pretensión": "acción afirmada".

fundamentadas en "actos administrativos", es sufragado, en cierta medida, por el último proyecto de Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa que en su artículo primero ya no dispone que los Juzgados y Tribunales contencioso-administrativos conocerán de las pretensiones en relación a los "actos administrativos", sino de las "actuaciones de la Administración", con lo cual se abre el ámbito de posibilidades, a fin de someter a la Administración a un control sobre otros tipos de actuación. Tal es el caso de las omisiones administrativas.¹⁷³

En definitiva y como expresan con verdadera determinación, los proponentes del proyecto de ley: "Lo que realmente importa y lo que justifica la existencia de la propia Jurisdicción Contencioso-Administrativa es asegurar, en beneficio de los interesados y del interés general, el exacto sometimiento de la Administración al Derecho en **todas las actuaciones** que realiza en su condición de poder público y en uso de las prerrogativas que como tal le corresponde. **No toda la actuación administrativa, como es notorio, se expresa a través de reglamentos, actos administrativos o contratos**

¹⁷³ Posición que también es resaltada con toda contundencia por **GUILLÉN PÉREZ, María Eugenia**, *El silencio administrativo*, op. cit., p. 299, al decir que: "Específicamente, el PLJCA, tras reconocer el gran avance de la LJCA al «generalizar el control judicial de la actuación administrativa», intenta perfeccionar nuestro sistema de fiscalización de la legalidad de la inactividad de la Administración a la luz del mandato contenido en los arts. 103.1, 106.1 y 24.1 de la Constitución que no permiten dejar sin control jurisdiccional ninguna actuación de la Administración.". También véase **ALONSO IBÁÑEZ, María del Rosario**, *Las causas de inadmisibilidad en el proceso contencioso-administrativo*, op. cit., p. 106, quien señala que: "la expresión «acto administrativo» tiene una significación técnica demasiado estricta que ha condicionado, incluso, la propia naturaleza de la jurisdicción contencioso-administrativa como mera jurisdicción revisora de actos administrativos con importantes consecuencias restrictivas. El Anteproyecto merece una valoración positiva cuando considera como susceptibles de revisión judicial las actuaciones materiales de la Administración y su propia inactividad en determinados supuestos..." Cfr. con el informe del Consejo de Estado al proyecto sometido en 1995.

públicos, sino que la actividad prestacional, las actividades negociales de diverso tipo, las actuaciones materiales, las inactividades u omisiones de actuaciones debidas expresan también la voluntad de la Administración, que ha de estar sometida en todo caso al imperio de la Ley. La imposibilidad legal de controlar, mediante los recursos contencioso-administrativos, estas otras manifestaciones de la acción administrativa, desde hace tiempo criticada, resulta ya injustificable, tanto a la luz de los principios constitucionales como en virtud de la crecida importancia cuantitativa y cualitativa de tales manifestaciones." (El destacado es nuestro)

Con la anterior posición normativa, parece, en tesis de principio, consolidarse una nueva concepción subjetiva de la jurisdicción contenciosa,¹⁷⁴ en tanto en cuanto, al utilizar el término "actuaciones" abandona la idea de la revisión de un "acto" previo, incrementando la idea de que la jurisdicción debe dar satisfacción a las pretensiones legítimas de los recurrentes en ocasión de otras formas de actuación administrativas, no circunscritas sólo al acto administrativo. Comprendiendo, claro está, como forma de actuación en su sentido amplio, a las omisiones e inactividades administrativas de todo tipo.

A pesar de esto, el profesor GARRIDO FALLA sostiene, que si bien el proyecto de ley hace la variación indicada, con el fin de dar entrada a la fiscalización de las actuaciones materiales, desde el punto de vista formal, la

¹⁷⁴ Cfr. **FENOR DE LA MAZA Y CORNIDE-QUIROGA, Ángel**, *Nuevas perspectivas en el Proceso Contencioso-Administrativo (Las Medidas Cautelares)*, Edit. Montecorvo, Madrid, 1997, pp. 45 y ss.

existencia de un acto administrativo ya sea éste expreso o presunto, seguirá siendo presupuesto para la interposición del recurso. A este criterio, se le contrapone lo dicho por el profesor GONZÁLEZ PÉREZ,¹⁷⁵ para quien la exigencia del acto previo, como requisito de admisibilidad de la pretensión procesal administrativa, se enumera como una de las trabas procesales que carecen de razón de ser, que ni viene impuesta por la esencia del proceso administrativo, ni en modo alguno resulta justificada por una buena ordenación del proceso. Añade, que aún cuando se cuente con una buena regulación normativa del silencio administrativo, siempre dará lugar a una demora del momento en que puede acudir al juez, lo que determinará que cuando ya se acuda, al menos un buen número de casos, su intervención resultará inútil, como es el caso que venimos planteando de la inactividad material de la Administración Pública, en la cual aún cuando exista una declaración jurisdiccional del derecho, por intermedio de la ya citada conversión de la inactividad material en formal, el sujeto afectado requiere la ejecución material más que el reconocimiento formal del Juez o Tribunal. Por ejemplo, de poco le sirve al particular, que el Juez le otorgue razón en relación a su derecho al arreglo de una determinada calle luego de un largo y sinuoso camino de conversión de la inactividad material en formal, si ésta finalmente no se arregla.

De este modo, si bien es cierto debe reconocérsele a la propuesta legislativa un reforzamiento del carácter subjetivo de la jurisdicción (superando

¹⁷⁵ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, "Nuevos sistemas de control de la Administración Pública", *op. cit.*, p. 343. Relativo a la figura del silencio administrativo y a su insuficiencia como forma para controlar a la Administración, siendo necesario siempre que haya un acto previo, véase: GÓMEZ PUENTE, Marcos, *La inactividad de la Administración*, *op. cit.*, p. 134.

el carácter revisor en su sentido de control del acto administrativo previo), estableciendo una jurisdicción que dé tutela a las pretensiones legítimas de los petentes con ocasión de una inacción administrativa, creemos que no es suficiente y el texto no es del todo elocuente (específicamente en la disposición primera),¹⁷⁶ a fin de que se protejan efectivamente los derechos de los administrados, ilegítimamente lesionados por la pasividad administrativa, situación que sí parece contemplar la norma 25.2 del mismo proyecto, que en lo conducente expresa:

"También es admisible el recurso contra la inactividad de la Administración y contra sus actuaciones materiales que constituyan vía de hecho, en los términos establecidos en esta Ley."

En este orden, más que de "actuaciones" sería conveniente hablar de "voluntades" de la Administración,¹⁷⁷ dentro de las que más claramente

¹⁷⁶ **RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María**, "Otro embate contra el carácter revisor: el recurso contencioso-administrativo ante el incumplimiento por el Jurado Provincial de Expropiación de la obligación de fijar el justiprecio en plazo (STC 136/1995, de 25 de septiembre), *op. cit.*, p. 235, sostiene la tota bondad del articulado y expresa que la reforma es suficiente para paliar los problemas de interpretación actual, en lo conducente apunta: "Con semejantes reglas de acceso a la jurisdicción ya no será necesario en el futuro engrosar forzosamente el concepto de acto administrativo (con categorías como la de acto tácito, producido por *facta concludentia*; acto presunto producido en un procedimiento iniciado de oficio; actos materiales; etc.) para poder someter al control judicial supuestos de actuación de la Administración contraria a Derecho, que causa perjuicios a un ciudadano y que, sin embargo, no se deja situar con naturalidad bajo un concepto riguroso de acto administrativo."

¹⁷⁷ **GUASP DELGADO, Jaime**, *La pretensión procesal*, Edit. Civitas, segunda edición, Madrid, 1985, p. 22, habla de: "choque o contraste de voluntades". Para **GARRIDO FALLA, Fernando**, "Recurso contra la inactividad de la Administración", en La Reforma del Proceso Contencioso-Administrativo, **PÉREZ MORENO, Alfonso** (Coordinador), Edit. Aranzadi, Universidad de Sevilla, 10 y 11 de febrero de 1995, p. 109, se debe hablar de "actuación" en lugar de "actividad" reivindicando la utilización del término, de conformidad con el artículo 106 de la Constitución Española. En criterio de **LORENZO JIMÉNEZ, José Lorenzo**, *Reflexiones sobre el proceso contencioso-administrativo*, *op. cit.*, p. 19, sería conveniente sustituir el carácter revisor por una idea de jurisdicción que resuelve conflictos entre Administración y particulares.

entraría aquella voluntad no manifiesta por parte del órgano administrativo de no actuación, así como la falta del deber legal de actuación, mediante norma legal o reglamentaria que no precise de actos de aplicación o falta a la ejecución de actos, contratos o convenios administrativos. Bajo esta óptica, el optimismo inspira a los proponentes, ya que en la exposición de motivos señalan que el establecimiento de estos "escasos" preceptos, trata nada menos que de superar la tradicional y restringida concepción del recurso contencioso-administrativo como una revisión judicial de actos administrativos previos, es decir, como un recurso al acto, y de abrir definitivamente las puertas para obtener justicia frente a cualquier comportamiento ilícito de la Administración.

En todo caso, el término "actuaciones" según las corrientes que inspiran hoy la interpretación legislativa y jurisprudencial (bajo la guía del artículo 1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa vigente),¹⁷⁸ recoge "otras" formas de ilegalidad administrativa (otros cauces)¹⁷⁹ y por tanto incluye la inactividad de la Administración Pública, amén de la consideración de la interpretación que debe de hacerse a la luz de los principios constitucionales

"Lo que entonces delimitaría a la cuestión sería el conflicto, que podría derivar de la actividad formal, de la actividad material o de la simple inactividad de la Administración."

¹⁷⁸ En relación a la consideración de las pretensiones, véase Sentencia del Tribunal Supremo 1990/10211 de 17 de diciembre, de la Sala 3ª, Sección 4ª, ponente: Sr. Jaime Rouanet Moscardó, fundamento jurídico cuarto. Sentencia del Tribunal Constitucional N° 294/1994 de 7 de noviembre, ponente Alvaro Rodríguez Bereijo.

¹⁷⁹ **TORNOS MAS, Joaquín**, "Ámbito, extensión y límites de la jurisdicción contencioso-administrativa", en Revista del Poder Judicial, p. 43.

ya citados, lo que abre aún más las perspectivas de tutela judicial efectiva deseado por el legislador.¹⁸⁰

Como se ha dicho, la pretensión es entonces el objeto mismo de lo contencioso administrativo y a su estudio nos abocaremos de seguido.

2. Fundamento de las pretensiones como objeto del contencioso-administrativo.

Tradicionalmente y derivado del contencioso francés, las pretensiones se han asentado en una división en dos grandes grupos (basadas claro está en una pretensión en relación al acto administrativo -tal y como está concebido nuestro contencioso-), dependiendo del recurso de que se trate.¹⁸¹ Son estos grupos:

¹⁸⁰ A pesar de lo dicho, nótese que existen algunas incongruencias y confusiones terminológicas en el texto propuesto, ya que por un lado menciona el término "actuación" eliminando expresamente circunscribir el objeto a los "actos", pero en el artículo 13, cuando se refiere a las competencias de los Jueces, incluye a la inactividad como parte de los actos administrativos sobre los cuales procederá el recurso.

¹⁸¹ Cfr. **SÁNCHEZ SUÁREZ, Rafael**, *La ley de la jurisdicción contencioso-administrativa*, op. cit. Cfr. **GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús**, *Manual de Derecho Procesal Administrativo*, op. cit., p. 207 y del mismo autor: *Derecho Procesal Administrativo Hispanoamericano*, Edit. Temis, Bogotá, 1985. Para **GÓMEZ PUENTE, Marcos**, *La inactividad de la Administración*, op. cit., p. 56, las pretensiones se dividen en: 1.- Pretensiones de cognición o declarativas y 2.- Pretensiones de ejecución. Para **LORENZO JIMÉNEZ, José Vicente**, *Reflexiones sobre el proceso contencioso-administrativo*, op. cit., p. 38, distingue, según lo hace la doctrina mayoritaria, entre pretensiones de cognición y de ejecución, a su vez, aquéllas se clasifican en declarativas, constitutivas y de condena. Cfr. **GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago**, *Las pretensiones en el proceso administrativo español y la pretensión prestacional*, op. cit., p. 33. En el mismo sentido véase también **GIMENO SENDRA, Vicente**, **MORENO CATENA, Víctor**, **GARBERÍ LLOBREGAT, José** y **GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolás**, *Curso de Derecho Procesal Administrativo*, Edit. tirant lo blanch, Valencia, 1994, pp. 159 y 161. Cfr. **ESCUSOL BARRA, Eladio** y **RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ, Jorge**, *Derecho Procesal Administrativo*, op. cit., p. 351, siguiendo la clasificación del Derecho Civil.

a.- El que agrupa las pretensiones que persiguen la anulación del acto o disposición recurridos (proceso al acto); y,

b.- El grupo que contempla las pretensiones que buscan no sólo el reconocimiento de la situación jurídica individualizada, sino también la adopción de las medidas adecuadas para el pleno restablecimiento de esa situación inicial que ha sido vulnerada o lesionada, llamadas pretensiones de plena jurisdicción.

Sin embargo, la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa vigente, fusiona estos dos tipos de pretensión o "recursos" (como son llamados en la exposición de motivos de dicha ley). Diferenciación carente de tradición en nuestro Derecho, además, que la misma responde a un fundamento de división artificioso y falto de rigor lógico, premisa inexcusable para la certeza de toda clasificación, y, con la misma razón, para propugnar se incorporara definitivamente a nuestro Derecho, podría defenderse también la recepción en el mismo de las clasificaciones que han levantado otros ordenamientos jurídicos, semejantes y tan avanzados.¹⁸²

De esta forma, como se indicó anteriormente, nuestra jurisdicción contencioso-administrativa se basa en un proceso subjetivo (entre partes: particular-administración) en el que se protege el derecho a una determinada "cosa" o "actividad",¹⁸³ y porque además, como apunta GARRIDO FALLA,¹⁸⁴ el

¹⁸² Véase exposición de motivos de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 1956.

¹⁸³ Véase **ÁLVAREZ-GENDÍN Y BLANCO Sabino**, *Tratado General del Derecho Administrativo*, Tomo IV, Edit. Bosch, Barcelona, 1977, p. 163. Véase además lo dicho por

particular no sólo es receptor de actos administrativos sino además un sujeto que pide actos administrativos de la Administración Pública, de allí que se generen todo aquel tipo de pretensiones prestacionales que analizaremos en el siguiente punto.¹⁸⁵

Entonces, lo que deviene en objeto del recurso es, entendiendo la **pretensión** tal y como hemos analizado en sus términos generales, como cualquier petición concreta que las partes formulan ante el órgano jurisdiccional solicitando de éste último, una actuación en un sentido determinado.¹⁸⁶ La pretensión viene a nutrir de contenido al proceso, fija sus límites concretos, condiciona su tramitación y resultado y delimita el ámbito en el que necesariamente ha de moverse el juzgador.¹⁸⁷

GARRIDO FALLA, Fernando, "Recurso contra la inactividad de la Administración", *op. cit.*, p. 109 y ss., para quien la Ley de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa, es una ley que regula y determina un proceso entre partes y no al acto, además, la ley actual refunde los recursos de anulación y de plena jurisdicción como dos formas distintas de tramitar la impugnación de actos o actividades de la Administración.

¹⁸⁴ **GARRIDO FALLA, Fernando**, "El objeto del recurso contencioso-administrativo: actos impugnables y pretensiones", *op. cit.*, p. 24, continúa diciendo que: "La *derivación procesal* concreta de este planteamiento es, de nuevo, la fundamentación de una pretensión prestacional, o vía procesal por la cual el sujeto lo que hace es ejercitar una pretensión procesal reconocida en el ordenamiento jurídico a que la Administración actúe u omita una actuación. No se trata de la impugnación de un acto, hecho que reservamos para cuando se ejercite una pretensión de anulación, sino del ejercicio de un derecho subjetivo, reconocida previamente en el ordenamiento, a que la Administración actúe o no actúe."

¹⁸⁵ En la misma línea expresa **ACOSTA ESTEVEZ, José**, *Pretensión Procesal Administrativa, Ejecución de sentencias y construcción jurisprudencial de la litispendencia en lo contencioso-administrativo*, *op. cit.*, p. 32, que: "El ciudadano no es definido como un receptor de actos, sino como un participante en una relación jurídico-pública con la Administración, caracterizada por derechos y obligaciones e intereses recíprocos."

¹⁸⁶ Cfr. **GUASP DELGADO, Jaime**, *La pretensión procesal*, *op. cit.*, p. 66. Cfr. **ACOSTA ESTEVEZ, José**, *Pretensión procesal administrativa, ejecución de sentencias y construcción jurisprudencial de la litispendencia en lo contencioso-administrativo*, *op. cit.*, p. 18.

¹⁸⁷ **GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo** y **FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón**, *Curso de Derecho Administrativo*, T. II, *op. cit.*, p. 607.

En consecuencia, como añade el profesor GONZÁLEZ PÉREZ,¹⁸⁸ todo proceso supone una pretensión, que constituye su objeto, esto es, la materia sobre la que recae el complejo de elementos que el proceso integran.¹⁸⁹

Lo que buscan las partes esencialmente en su pretensión procesal, es el cumplimiento del Derecho, es decir, la plena satisfacción de sus derechos subjetivos e intereses legítimos legalmente instaurados, pretensión por medio de la cual se requiere del órgano judicial, no tanto una declaración de voluntad sino una manifestación de voluntad, un hacer, un dar, un recibir; en otras palabras, la realización de una conducta no jurídica sino material y física, por cuanto el sujeto, tratándose de un deber de la Administración no realizado - especialmente inactividad por inejecución de actos administrativos-, ya cuenta con la declaración del Derecho; así, el sujeto busca finalmente el despliegue singular de la actividad omitida.

Y como advierte claramente el profesor GONZÁLEZ PÉREZ,¹⁹⁰ la pretensión procesal es un acto, no un derecho, al que se hace, no algo que se

¹⁸⁸ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Derecho Procesal Constitucional*, op. cit., p. 123. Este mismo autor en *Manual de Derecho Procesal Administrativo*, op. cit., p. 203, simplifica el término y dice que: "La pretensión procesal administrativa sería aquella que se deduce frente a la Administración Pública, o, más concretamente, frente a alguna de las Entidades que integran la Administración".

¹⁸⁹ ACOSTA ESTEVEZ, José, *Pretensión procesal administrativa, ejecución de sentencias y construcción jurisprudencial de la litispendencia en lo contencioso-administrativo*, op. cit., p. 37 resume las posiciones de GARCÍA DE ENTERRÍA y GONZÁLEZ PÉREZ, en los siguientes términos: "Por tanto, la pretensión procesal administrativa, en tanto en cuanto objeto del proceso contencioso-administrativo, será la declaración de voluntad por la que se solicita al tribunal una actuación frente a un sujeto determinado y distinto del autor de la declaración y el acto administrativo será el presupuesto previo y necesario del proceso". Nótese que éste autor insiste en la necesidad del acto administrativo previo como presupuesto del recurso.

¹⁹⁰ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *Manual de Derecho Procesal Administrativo*, op. cit., p. 206. Cfr. GIMENO SENDRA, Vicente, MORENO CATENA, Víctor, GARBERÍ LLOBREGAT, José y GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolás, *Curso de Derecho Procesal Administrativo*, op.

tiene. Es una declaración de voluntad, no una manifestación afectiva, emocional o psicológica del que la formula; pero tampoco es una exteriorización intelectual o declaración o inexistencia de una cierta proposición.

Siguiendo esta línea de significación del término, podríamos decir que el derecho del sujeto está asistido por una manifestación ante la vía jurisdiccional, que sería la acción por la cual demanda el administrado perjudicado una pretensión de condena y de acción por parte de la Administración Pública. Como observa GUASP DELGADO, "la pretensión procesal, ejercicio de la acción o derecho previo al proceso, se deduce en éste, simultáneamente o no con la demanda, determinando, de un lado el ámbito verdadero dentro del que el proceso vive, de otro, el centro de referencia al que el desarrollo procesal se remite. El binomio conceptual: acción-demanda, se resuelve, pues, más certeramente, en un trinomio: acción, pretensión, demanda, sin que sea posible suprimir el significado de estos dos términos repartiendo su contenido entre los otros dos, como hasta aquí ha venido sucediendo. La idea fundamental, a este respecto, puede resumirse así: concedido por el Estado el poder de acudir a los Tribunales de Justicia para formular pretensiones (derecho de acción), el particular puede reclamar cualquier bien de la vida frente a otro sujeto distinto, de un órgano estatal

cit., p. 270, al decir que: "La pretensión procesal constituye un acto emitido por el actor, en ejercicio de su derecho de acción, mediante el cual solicita de un órgano jurisdiccional que desarrolle una actividad frente a una persona determinada en relación con un bien de la vida. Lógicamente la petición lo será de una consecuencia jurídica derivada de una norma, y la causa de pedir consistirá en la afirmación del acaecimiento de los hechos a los que la norma liga la consecuencia solicitada."

(pretensión procesal) iniciando para ello el correspondiente proceso (demanda), ya sea al mismo tiempo, ya sea después de esta iniciación."¹⁹¹

3. La pretensión prestacional.

Tratándose del tema de la inactividad de la Administración, puede deducirse claramente, que la pretensión del sujeto viene a constituir un requerimiento de "hacer", "dar" o "no hacer", a exigir por parte de la Administración Pública. Se trata en la especie, de obtener (en la mayoría de los casos), una prestación mediante la realización por la Administración de una actividad favorable (o prestacional).

Como apunta, GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, "el centro de la sistemática, no es sino el del ejercicio de una pretensión de cuyo ejercicio resulta la obligación de que la Administración dicte o realice una actividad favorable a la Administración para conceder una prestación. Este concepto nuevo en el proceso contencioso-administrativo (pretensión prestacional) es en realidad la pretensión de condena llevada al ámbito del Derecho procesal administrativo."¹⁹²

La relación jurídica vendría determinada entonces, por el accionar que solicita el administrado a realizar por parte del órgano administrativo, de su

¹⁹¹ GUASP DELGADO, Jaime, *La pretensión procesal*, op. cit., p. 56. También véase a GÓMEZ PUENTE, Marcos, *La inactividad de la Administración*, op. cit., p. 18.

¹⁹² GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago, *Problemas procesales actuales de la jurisdicción contencioso-administrativa*, op. cit., p. 26.

deber legal, reglamentario o en virtud de un acto, contrato o convenio, es decir, exigirá la prestación de una conducta materializada en actos concretos y específicos. La prestación es pues, el objeto de la obligación y así, la conducta en que consiste el cumplimiento de la obligación; "el fin de esta pretensión es que se condene a la Administración a dictar un acto o realizar una prestación del sujeto. En esta situación no existe la más mínima reminiscencia de la categoría de anulación de un acto administrativo previo, y se parte específicamente de una concepción jurídica predispuesta, con toda normalidad, a la actitud positiva de la Administración."¹⁹³

De allí que se diga, con todo fundamento, que la base técnico-jurídica de la contemplación de la pretensión prestacional, como forma de solución a la inactividad administrativa, radica en que una resolución jurisdiccional declarativa, es una mera declaración formal del derecho, pero que la insatisfacción del mismo queda pendiente y, por lo tanto, lo que se pide es la estimación del derecho, haciéndolo valer en la realidad jurídico-material.

Cabe traer a manera de paralelismo comparativo, la finalidad de la "acción prestacional" en el derecho alemán en donde la misma permite ser un cauce adecuado para el resarcimiento efectivo de la prestación, tras

¹⁹³ **GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago**, *Ibidem*, p. 31. Del mismo autor véase: *La Jurisdicción Contencioso-Administrativa en Alemania*, op. cit., p. 220, en donde se refiere al Derecho Alemán y a la acción prestacional (*Derecho contencioso-administrativo prestacional: materielle Recht der Leistungsverwaltung*), acción mediante la cual se estima por el Tribunal la demanda por la cual el particular pretende que el Tribunal condene a la Administración a dictar un acto o a realizar una conducta positiva y conceder la prestación requerida, abriéndose así una vía apta para avanzar en el reconocimiento de pretensiones para la realización de una actividad positiva de la Administración.

reconocerse que la norma permite también orientarse al individuo, y el criterio esencial para determinar su procedencia, es comprobar si la norma es susceptible de subjetivación (*Versubjektivierung*), para lo cual debe demostrarse el interés debidamente individualizado, así como la presencia de una lesión jurídica, la cual se produce ante la denegación del acto o actividad administrativa.¹⁹⁴ De esta forma, la acción en el derecho español debe tomar en cuenta únicamente, si la denegación del acto (no expreso), produce algún efecto negativo en la esfera de derechos e intereses legítimos de los particulares, y con ello reconocer el acceso y procedencia de la acción. Si estuviéramos en presencia de un acto inejecutado o bien disposiciones derivadas de contratos o convenios, la procedencia de la acción está más que clara; por el contrario, si se tratase de una norma legal o reglamentaria que no precise de actos de aplicación y otorgue un derecho al administrado (verbigracia artículo 18 de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local de 2 de abril de 1985), la comprobación jurisdiccional estaría basada en la determinación de la obligación-deber-derecho que la misma indique respecto al sujeto solicitante y por parte de la Administración Pública.

Para ACOSTA ESTEVEZ,¹⁹⁵ en nuestro ordenamiento jurídico administrativo no cabe hablar de una auténtica pretensión de ejecución, por cuanto con fundamento en el artículo 11 y 13 de la vigente Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa -y relativos estos a la ejecución de

¹⁹⁴ GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago, *Ibidem*, p. 224.

¹⁹⁵ ACOSTA ESTEVEZ, José, *Pretensión procesal administrativa, ejecución de sentencias y construcción jurisprudencial de la litispendencia en lo contencioso-administrativo*, op. cit., pp. 59-60.

sentencias-, cabe afirmar el carácter excepcional que reviste la ejecución, ya que la misma no corresponde al órgano sentenciador, sino, por el contrario, a la propia Administración; en consecuencia, la ejecución de las sentencias de los Tribunales contencioso-administrativos queda encomendada a la propia Administración como resultado del singular *status* de la misma, como persona en relación con el ámbito del proceso. Esta circunstancia implica que todas las sentencias, favorables o no, deberán ser cumplidas por el órgano de la Administración que dictó el acto o la disposición objeto del recurso. A pesar de lo anterior, creemos que lejos de dejar la problemática suspendida y encargada únicamente a los órganos de la Administración, el papel de actuación del Juez debe variar y por tanto, contar con los instrumentos y medios necesarios a fin de compeler realmente a la Administración al cumplimiento de su deber, sin detrimento ni afectación al principio de separación de poderes tantas veces defendido por la doctrina más conservadora, pero que no puede ser justificante para dejar "campos" inmunes al control jurisdiccional.¹⁹⁶

IV. LA AUTOTUTELA ADMINISTRATIVA.

En concordancia con los tipos de procesos analizados e íntimamente ligado a ello, podremos decir que el planteamiento que realiza el proyecto de Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo, resulta ser incorrecto, ya que desde la perspectiva del proceso, tal y como ha sido expresado anteriormente, se impone partir de nociones elementales en que se

¹⁹⁶ Véase lo dicho en otros apartados respecto a los poderes de sustitución del juez.

descompone la tutela jurisdiccional, que a su vez se proyectan en el doble grado de la tutela administrativa, por un lado, la tutela declarativa, y por otro, la tutela ejecutiva.

Consecuentemente, demandará un objeto diferente en uno y otro proceso, y por tanto, procedimientos muy distintos.

Someramente, y sin defecto de lo señalado para cada una de las pretensiones fusionadas en la Ley de la Jurisdicción actual (la de anulación y la de plena jurisdicción), intentaremos analizar los efectos que cada pretensión persigue, así como su incidencia en los casos de inactividad administrativa, estando determinada la dirección tutelar del proceso por la pretensión del sujeto accionante, tanto en su fase declarativa como ejecutiva.

1. El proceso declarativo.

El proceso declarativo tal y como su nombre lo indica, es aquel proceso mediante el cual el órgano jurisdiccional tiene por tarea declarar la existencia de un derecho, limitándose el papel del juez o Tribunal a la declaración de nulidad de las posibles actuaciones de ilegalidad cometidas por la Administración Pública.¹⁹⁷

¹⁹⁷ **GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús**, *Derecho Procesal Administrativo Mexicano*, Edit. Porrúa, México, 1988, p. 153, señala que las pretensiones declarativas dan lugar a un proceso de cognición o declarativo, que termina normalmente por la declaración de voluntad en la que se actúa la pretensión de la parte -si a juicio del órgano jurisdiccional es conforme a derecho-, o se niega a actuarla -en caso contrario-.

Dentro de este concepto, el particular o administrado lo que pretende del órgano jurisdiccional es que se declare su derecho, desea hacer valer una acción fundada en el derecho que dice asistirle, para ser desplegadas por los órganos de gobierno. Póngase de ejemplo el sujeto que solicita al juez o Tribunal que le reconozca su derecho a que se le expida una licencia, un permiso o que tiene derecho a una subvención determinada.

Cuando los particulares se enfrentan a decisiones, actos o actuaciones emanadas de los órganos administrativos, luego de verificarse el correspondiente proceso declarativo, así como la confirmación de la conformidad de la pretensión con el ordenamiento jurídico vigente, el juez o Tribunal dictará sentencia, ya sea denegando o accediendo a lo pedido, reconociéndole o no validez al derecho alegado (reconocerá el derecho a la licencia, concederá el permiso solicitado o bien reconocerá el derecho a la subvención). De esta forma, muchas de las actuaciones administrativas, podrán ser de suyo impugnadas por el administrado que se considere violentado con dicha decisión administrativa, y esperará que el juez declare en sede jurisdiccional el reconocimiento de su derecho.

Aquí, el objeto del proceso es, claro está, la declaración o manifestación jurisdiccional del derecho del recurrente, así como el reconocimiento de una actuación contraria a derecho por parte del órgano administrativo. En un proceso de esta naturaleza y con este fundamento, sólo se declara, se

manifiesta una voluntad jurisdiccional que no producirá en la realidad jurídico-material otro efecto más que el reconocimiento de un derecho del particular declarando su existencia y el reconociendo que el mismo ha sido insatisfecho por parte de la Administración Pública.

A esta categoría correspondería, en primera instancia, aquellas pretensiones por inactividad Administrativa, que se fundamenten en acciones que no cuentan con actos administrativos previamente, ya que esto supone que previamente se deba de **forma expedita**, buscar el reconocimiento jurisdiccional en un proceso sumarísimo, para luego, también de forma sumarísima darle debida ejecución a la omisión causada por la Administración.¹⁹⁸

Si tomamos el ejemplo varias veces citado, del ciudadano al que un particular con su coche obstaculiza la entrada de su propiedad y los agentes municipales no hacen nada para impedirlo, podemos observar claramente que no existe acto previo al que demandar en la vía jurisdiccional, y por tanto, darle debida ejecución. Aquí lo que opera fácticamente es un hecho (el obstáculo de la propiedad privada) y un derecho al libre acceso a su propiedad privada; es por ello que abogamos por un proceso sumarísimo en el cual el juez o Tribunal, mediante un "ligero" examen, pueda comprobar la existencia del perjuicio causado, declarando la existencia del derecho que le asiste al administrado,

¹⁹⁸ Sobre este punto, véase lo dicho en el capítulo II, punto III.

para luego, entrar de forma inmediata y también sumaria, a la ejecución del acto jurisdiccional y darle así, contenido práctico.

Si ante la inacción administrativa, fuera necesario primero acudir al Juez o Tribunal a fin de incoar el correspondiente procedimiento y la probable reacción de la Administración denegando lo pedido, obligaría al administrado a seguir un nuevo proceso sobre la legalidad del acto denegatorio, conllevando un tortuoso camino que difícilmente quiera seguir un administrado y que difícilmente sea totalitario de una tutela judicial efectiva.

2. El proceso constitutivo o ejecutivo.

Por el contrario, en ocasión de la tutela constitutiva o ejecutiva, la solicitud que se hace al juez o Tribunal, radica ya no en la declaración de que se tiene u obstanta el derecho (porque se cuenta con un título para ello: acto, contrato o convenio), sino que lo que se pretende del órgano jurisdiccional es que "ejecute" una acción, que "obligue" a la Administración a un "actuar", a un "hacer" o un "dar". En otras palabras, que ése reconocimiento de derechos que se da por medio de la resolución jurisdiccional, norma, acto, contrato o convenio produzca los efectos que le dieron nacimiento.

Así, en este orden, la tutela ejecutiva busca la materialización de los derechos e intereses legítimos de los administrados y el cumplimiento del

imperativo legal, implementado en el artículo 117.3 de la Constitución Española.¹⁹⁹

Se trata, en definitiva, de que la declaración del órgano jurisdiccional produzca efectos materiales, que se produzca una manifestación físico-material jurisdiccional de hacer efectivo el derecho del administrado, que se ha visto lesionado al no haber realizado la Administración la actuación que le estaba encomendada legal o reglamentariamente (también mediante acto, contrato o convenio en los términos de la norma 29 del proyecto). De allí que el proceso ejecutivo en estos términos, sea de imperiosa necesidad, esencialmente en aquellos casos de inactividad administrativa, que se traten de actos de la misma Administración Pública que ha dejado de poner en práctica.²⁰⁰

Si bien el artículo 32.1 del proyecto, se refiere expresamente a la pretensión de que puede disponer el demandante, a fin de que el órgano jurisdiccional condene a la Administración al cumplimiento de sus obligaciones en los concretos términos en que estén establecidos, creemos que los problemas de ejecutividad son los mismos que existen en la actualidad, en relación a la temática de la inejecución de sentencias y actos de la Administración (tema sobre el que nos abocaremos posteriormente).

¹⁹⁹ Artículo 117.3: *"El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, **juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado**, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según las normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan."* (El destacado es nuestro)

²⁰⁰ Véase sobre este punto, capítulo II, punto II.

Así las cosas, los procedimientos que de una y otra tutela se deriven, se diferenciarán en tanto en cuanto, en la vía declarativa el procedimiento se encamine a que el juez deduzca el derecho del recurrente y así lo sentencie. Mientras que en la tutela ejecutiva, verificada la ineludible obligación de realizar determinada prestación por parte del Tribunal, el procedimiento se encaminará a hacer efectiva dicha obligación.

De todo lo expuesto se concluye, que se hace preciso que en el proceso frente a la inactividad de la Administración Pública, pudiera plantearse la cuestión de fondo a fin de que la sentencia que se dicte, se pronuncie acerca de la procedencia de la pretensión inicial. En este orden, el principio de defensa obliga a oír a la persona que en último término sería condenada, por ello, ante la resistencia de la Administración a seguir el procedimiento administrativo, debería arbitrarse una audiencia ante el Tribunal o juez. Si la procedencia de la actuación frente a la Administración fuera tan evidente, puede ser acordada directamente por el juez; piénsese en la negación por parte del Ayuntamiento de dotar de instalaciones de gas a un complejo habitacional como servicio público, el deber de la Administración resulta aquí evidente, así como el perjuicio que se está causando.²⁰¹

Los supuestos de inactividad en los que confluye un acto legitimador, o por ser tan evidente la obligación a realizar la prestación que no resulte

²⁰¹ Relacionamos este apartado con lo dicho en el capítulo sobre medidas cautelares.

necesario el acto formal previo reconociendo el derecho, demandan unas vías de protección distintas, y por tanto, un proceso ejecutivo en virtud de ser innecesaria la sentencia que constituya tutela legitimadora de una ejecución por no ser ésta la que dé plena satisfacción al derecho lesionado.

El anteproyecto lejos de afrontar el problema con directa decisión, a fin de regular un proceso ejecutivo sumamente simplificado que venga a dar una tutela judicial realmente efectiva (sintetizado en hacer efectivas las prestaciones a que está obligada la Administración), somete la inactividad al régimen de la denegación presunta, con un plazo de tres meses desde la fecha de la reclamación a la Administración, y no es propicio ya que aquí lo que quedará abierta es la vía para un proceso declarativo, que obviamente finalizará en una sentencia reconociendo el derecho (si así procediere), y la inactividad continuaría perjudicando el derecho o interés legítimo del ciudadano.

Por tanto, es necesario regular un proceso diferente del proceso declarativo, que conlleve la plena ejecución, evitándole así obligar al administrado a seguir un tortuoso proceso declarativo para llegar a una sentencia que abra la ejecución forzosa, por lo que es definitivo que el proceso debe iniciarse a partir de la fase declarativa. Como indica RODRÍGUEZ DE SANTIAGO,²⁰² bastaría constatar la existencia de una inactividad de la

²⁰² RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María, "Otro embate contra el carácter revisor: el recurso contencioso-administrativo ante el incumplimiento por el Jurado Provincial de Expropiación de la obligación de fijar el justiprecio en plazo (STC 136/1995, de 25 de septiembre)", *op. cit.*, p. 224.

Administración contraria a Derecho y que causa perjuicios a los derechos o intereses legítimos de un ciudadano para entender necesario permitir el planteamiento de la cuestión ante un órgano judicial, con los requisitos y presupuestos procesales que la legislación de ese tipo establezca, pero sin pararse a considerar, como cuestión determinante, si ha habido o no un acto previo susceptible de impugnación.

V EL TRATAMIENTO DEL OBJETO DEL RECURSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EN COSTA RICA.

En el ordenamiento jurídico costarricense, la satisfacción plena de las pretensiones de las partes, es lo que inspira básicamente el proceso contencioso administrativo. De ello se desprende, sin lugar a dudas, que el objeto del proceso esté dado en la pretensión del demandante, sin perjuicio de la integración en él, de los hechos jurídicamente relevantes, que el demandado oponga como respuesta a los planteados por el actor.²⁰³

Se basa el sistema de Costa Rica, como se hace en el Derecho español sobre las pretensiones, siendo esta la acción por medio de la cual un particular solicita al órgano jurisdiccional que desarrolle una actividad frente a una persona determinada, que en el caso de la inactividad administrativa, la pretensión se fundamentará en solicitar al juez o Tribunal que obligue a la Administración a un actuar debido. Como apunta GIMENO SENDRA,

²⁰³ Véase GIMENO SENDRA, Vicente, SABORÍO VALVERDE, Rodolfo, GARBERÍ LLOBREGAT, José y GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolás, *Derecho Procesal Administrativo Costarricense*, Edit. Juriscentro, San José, 1993, pp. 257 y ss.

"lógicamente la petición lo será de una consecuencia jurídica derivada de una norma, y la causa de pedir consistirá en la afirmación del acaecimiento de los hechos a los que la norma liga la consecuencia solicitada."²⁰⁴

En este sentido, dicta el artículo 1.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de Costa Rica:

" Por la presente ley se regula la Jurisdicción contencioso-administrativa establecida en el artículo 49 de la Constitución Política, encargada de conocer de las pretensiones que se deduzcan en relación con la legalidad de los actos y disposiciones de la Administración Pública sujetos al Derecho Administrativo."

Como puede observarse, el objeto según la norma primera antes indicada, es la pretensión, en este caso, fundamentada también en los actos y disposiciones de la Administración Pública, lo cual nos arroja la idea del acto previo como requisito de admisibilidad de la acción, tal y como sucede en España.

En idéntica igualdad normativa, quizá por la gran influencia del Derecho español en la confección legislativa de Costa Rica, la clásica clasificación francesa de pretensiones de anulación y pretensiones de plena jurisdicción, está plasmada en la Ley mencionada, como dos vías pretensionales, así en su

²⁰⁴ GIMENO SENDRA, Vicente y otros, *Ibidem*, p. 259.

artículo 22 quedan expuestas las pretensiones de anulación (petición de anulación por no ser los actos o disposiciones conformes a derecho) y el artículo 23 las pretensiones de plena jurisdicción (solicitud de reconocimiento de una situación jurídica individualizada y adopción de las medidas adecuadas para el pleno restablecimiento de la misma, entre ellas, la indemnización de los daños y perjuicios cuando proceda -solicitud que debe formularse conjuntamente con la de anulación).

Por otra parte, la clasificación procesal en pretensiones declarativas y pretensiones de ejecución, también encuentran eco en la normativa costarricense (artículos 22 y 23 respectivamente), y por tanto, los mismos vacíos aquí apuntados en relación con la inactividad administrativa. Así, aquellos supuestos de inactividad material no están contemplados expresamente en este ordenamiento y por tanto quedan sin resolver, ya que el sistema pretendió diluir la problemática e introducir la figura del silencio administrativo denegatorio obtenido por "silencio". Como expresa GIMENO SENDRA,²⁰⁵ además de los supuestos expresamente citados en la Ley de actividad material sin fundamento en un acto administrativo previo y eficaz, la ley debe matizar la necesidad de un acto previo ya que se tornaría imposible el enjuiciamiento de la actuación administrativa en el nada infrecuente caso de que la Administración, incumpliendo su deber de resolver expresamente sobre las peticiones que los administrados le formulen, no dicte ningún acto en

²⁰⁵ GIMENO SENDRA, Vicente y otros, *Ibidem*.

respuesta a la solicitud, que es precisamente lo que sucede ante la inactividad administrativa.

A mayor claridad, dictan los artículos citados:

"Artículo 22: Pretensión del demandante. El demandante podrá pretender la declaración de no ser conformes a Derecho y, en su caso, la anulación de los actos y de las disposiciones susceptibles de impugnación, según el Capítulo anterior."

"Artículo 23: Pretensiones de plena jurisdicción. La parte demandante, a que se refiere el artículo 10, párrafo 3, podrá pretender, además de lo previsto en el artículo que antecede, el reconocimiento de una situación jurídica individualizada y la adopción de las medidas necesarias para el pleno restablecimiento de la misma, entre ellas la indemnización de los daños y perjuicios, cuando proceda."

El vacío normativo es compartido por ambos países, por ello, mencionar en este apartado las deficiencias regulatoria resultaría ser reiterativo, con la diferencia de que en España se cuenta con una propuesta de avanzado trámite como instrumento sustitutorio de la antigua Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa que data desde 1956, que si bien no "tapa totalmente ese agujero negro" del proceso contencioso administrativo, sí ayuda a que la tutela judicial se haga efectiva y cumpla con su cometido; sin embargo, dicho paso

aún no ha sido dado en Costa Rica, lo cual no significa que el mismo sistema lo impetire y sea urgente su reforma.

El fundamento para una regulación plena, está dado en la misma Constitución, (artículos 11 y 49), mediante los cuales puede decirse que el objeto del contencioso-administrativo, es el enjuiciamiento ante los órganos de la Jurisdicción del conjunto de la actividad administrativa y la concreción de la sujeción de la Administración al ordenamiento jurídico y del sometimiento de ésta a los fines que la justifican, fines que no pueden ser otros que el interés general de la propia sociedad, en quien reside la soberanía.²⁰⁶

²⁰⁶ Véase **GIMENO SENDRA, Vicente**, y otros, *Ibidem*, p. 35. Por su parte, dicta el artículo 49 de la Constitución costarricense: *"Establécese la jurisdicción contencioso-administrativa como atribución del Poder Judicial, con el objeto de garantizar la legalidad de la función administrativa del Estado y sus instituciones y de toda otra entidad de derecho público.*

La desviación de poder será motivo de impugnación de los actos administrativos.

La ley protegerá, al menos, los derechos subjetivos y los intereses legítimos de los administrados". Asimismo, en lo conducente, reza el artículo 11 de la misma Constitución: *"Los funcionarios públicos son simples depositarios de la autoridad y no pueden arrogarse facultades que la ley no les concede."*

CAPÍTULO IV

LEGITIMACIÓN

CAPÍTULO IV

LEGITIMACIÓN

I. CONCEPTUALIZACIÓN GENERAL.

Fundamentados en que el objeto del proceso contencioso-administrativo, se constituye bajo la ponderación jurídica de una pretensión procesal (pretensión de un querer del sujeto basado en el ordenamiento jurídico), la legitimación vendría a ser la relación entre la parte que pretende el reconocimiento de un derecho por vía jurisdiccional y lo pretendido, es decir, el objeto mismo alegado.

Procesalmente, es el derecho para ser demandante en el proceso, permitiendo al actor concretar las razones por las que deba ser considerado sujeto de la relación jurídico-procesal.²⁰⁷ Es, en otras palabras, una aptitud

²⁰⁷ Cfr. Sentencia 1997/1817 del 6 de marzo, del Tribunal Supremo, Sala 3ª, Sección 3ª, ponente señor **Eladio Escusol Barra**. Posición contraria sostiene **GIMENO SENDRA, Vicente, José y otros**, *Derecho Procesal Administrativo*, op. cit., p. 190, para quienes "la legitimación en ningún caso podrá encuadrarse en la categoría de "presupuesto procesal", porque la resolución judicial que aprecia la carencia de alguno de ellos nunca produce los efectos típicos de la cosa juzgada material; así, quien formula la pretensión ante un Juez incompetente, o quien, habiendo sido declarado incapaz, acude al proceso sin la debida representación, obtendrá un pronunciamiento de inadmisión a través de una resolución absolutoria en la instancia, o meramente procesal, la cual no pasará autoridad de cosa juzgada, como por otra parte es lógico, pues bastará reiterar la pretensión ante el órgano competente, o acudir debidamente representado, para correr distinta suerte en lo que al resultado del proceso respecta." En palabras de **ALMAGRO NOSETE, José**, "Legitimación y amparo constitucional", en Revista de Derecho Procesal Iberoamericano, N° 4, 1980, p. 624, el concepto de legitimación es: "una andadura de carácter procesal, y por tanto instrumental, un paso más en cuanto al logro de la sentencia de fondo que resuelve (...) en el misterio del juicio, la soldadura entre lo procesal y lo material. Lo que pasa es que este concepto procesal dice de la relación entre sujeto, que pide y

especial para ser parte en un procedimiento concreto, en donde tal capacidad queda derivada en virtud de la relación existente entre la esfera de intereses y derechos de ese sujeto con el acto, así como también a las omisiones incurridas, que ilegítimamente invadieran tal esfera,²⁰⁸ permitiendo que quien se sienta vulnerado pueda acceder a la vía jurisdiccional en demanda de un proceso que garantice el análisis de su pretensión.²⁰⁹

Es, en palabras de LUCERO ESPINOSA, una "autorización" para poder actuar o intervenir en el proceso,²¹⁰ y como observa resumidamente ALMAGRO NOSETE, "la legitimación es un instrumento que se funda en la afirmación de aquel interés en tanto éste sea hábil para producir los efectos jurídicos requeridos (...) En definitiva, la legitimación no es más que la posibilidad jurídica del pronunciamiento de fondo, apreciada por el órgano

efectos jurídicos que pretende según el derecho material a título de hipótesis, nacida en un proceso concreto."

²⁰⁸ **JIMÉNEZ MEZA, Manrique**, *La legitimación administrativa para la defensa de los intereses legítimos y los derechos subjetivos: un marco comparativo (procedimiento administrativo, tributario y contencioso-administrativo)*, San José, Litografía e Imprenta LIL, S.A., 1990, p. 23. En este sentido puede verse también, la definición que da **GUASP DELGADO, Jaime**, *Derecho Procesal Civil*, T. I, op. cit., p. 193, doctrina recogida por el citado autor **JIMÉNEZ MEZA, Manrique**, *Ibidem*, p. 23, que considera que la legitimación es: "la consideración especial en que tiene la ley, dentro de cada proceso, a las personas que se hallan en una determinada relación con el objeto del litigio y, en virtud de la cual, exige, para que la pretensión procesal pueda ser examinada en cuanto al fondo, que sean dichas personas las que figuren como partes en el proceso."

²⁰⁹ Véase la definición que nos da **GIMENO SENDRA, Vicente**, **GARBERÍ LLOBREGAT, José** y **GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás**, *Derecho Procesal Administrativo*, op. cit., pp. 187 y ss. que literalmente dicta: "Entendemos por «legitimación» la específica situación jurídica material en la que se encuentra un sujeto, o una pluralidad de sujetos, en relación a lo que constituye el objetivo litigioso de un determinado proceso; la legitimación, en definitiva, nos va a indicar en cada caso quiénes son los verdaderos titulares de la relación material que se intenta dilucidar en el ámbito del proceso; quiénes los sujetos cuya participación procesal es necesaria para que la Sentencia resulte «eficaz»." Véase también **LADARIA CALDENTEY, Juan**, *Legitimación y Apariencia Jurídica*, Edit. Bosch, Barcelona, 1952, pp. 1 y ss., para quien la legitimación es un requisito de eficacia de la actuación (se refiere concretamente al acto y desde una teoría general de la legitimación) y excepcionalmente de validez.

²¹⁰ **LUCERO ESPINOSA, Manuel**, *Teoría y práctica del Contencioso-Administrativo ante el Tribunal Fiscal de la Federación*, op. cit., p. 58.

jurisdiccional, con base en la invocación de un interés tutelado jurídicamente justificativo, en su caso, de la posición subjetiva de la parte, en relación con el pedimento, de conformidad con el ordenamiento jurídico".²¹¹ Por ello, se dice - SÁNCHEZ ISAC- que la legitimación es la facultad de excitar la actividad jurisdiccional y obtener una protección efectiva frente a una Administración absorta -añadiendo nosotros según esta noción-, en muchas ocasiones en la inercia de su actuar y el incumplimiento de sus deberes jurídicos. De ello se desprende que mediante una contemplación normativa de un modelo de actuación, llevaría consigo la apertura del sistema jurisdiccional y su accesibilidad por parte de los administrados con derecho a ello. Siendo tenido como parte en el proceso, el sujeto se ve inmerso en una posibilidad del ejercicio de su derecho y con él la posibilidad real de concretar materialmente sus derechos legales, armonizados con los deberes correspondientes a la Administración Pública, que son, al final, los deberes de actuación. Así, "el ser tenido como parte, subconscientemente equivale a la noción de personalidad en la vida social, supone una invitación al diálogo de la razón y la sinrazón, a ser considerado digno de la palabra autorizada y embridada y contenida en la esgrima del proceso."²¹²

²¹¹ **ALMAGRO NOSETE, José**, "Legitimación y amparo constitucional", *op. cit.*, pp. 625 y 628. En palabras de **GIMENO SENDRA, Vicente** y otros, *Derecho Procesal Administrativo*, *op. cit.*, p. 191., la legitimación constituye el "elemento de fundamentación de la pretensión. Véase también a **GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Eduardo**, en el prólogo a la obra de **CORDÓN MORENO, Faustino**, *La legitimación en el proceso contencioso-administrativo*, ediciones Universidad de Navarra S.A., Pamplona, 1979, p. 14, para quien la legitimación en el proceso contencioso-administrativo es un presupuesto jurídico material de la acción.

²¹² **SÁNCHEZ ISAC, Jaime**, *El interés directo en los derechos español y francés*, Estudios de Administración General, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1977, p. 65, añadiendo que: "en relación a la posible inadmisibilidad de un requerimiento, constituye en cierto modo la muerte sin pena ni gloria que desemboca en el limbo, lugar del que ya no se habla en las teologías populares y del que, instintivamente, nos queremos alejar como de la nada, del magna, sin forma, de un mundo sin personalidad sin voz y sin cara".

En el sistema jurídico español, la legitimación ha constituido la puerta de entrada a la vía jurisdiccional, y esta *legitimatio*, vendrá determinada por la posición jurídica del sujeto, que se encuentre en el proceso contencioso administrativo,²¹³ es decir, de la pretensión procesal y la deducción que se haga del derecho que le asiste a las partes. En este sentido, tendremos que, por una parte se manifestará una legitimación activa y por otra parte una legitimación pasiva,²¹⁴ según la posición en que se encuentre el sujeto; en el primer caso en la pretensión de un derecho y su individualización (requerimiento de una actuación determinada de la Administración), y en el segundo,²¹⁵ aquella parte a la cual se demanda para que actúe según

²¹³ Para algunos autores como **GIMENO SENDRA, Vicente** y otros, *Derecho Procesal Administrativo*, op. cit., p. 126: "la "legitimación" es la específica situación jurídica material en la que se encuentra un sujeto, o una pluralidad de sujetos, en relación a lo que constituye el objeto litigioso de un determinado proceso. La legitimación, en definitiva, nos indica en cada caso quiénes son los verdaderos titulares de la relación material que se intenta dilucidar en el ámbito del proceso; quiénes los sujetos cuya participación procesal es necesaria para que la sentencia resulte «eficaz» (partes legitimadas)". Denotando siempre la idea de la accesibilidad al proceso. En el Derecho Civil también encontramos analogía jurídica en la descripción definitoria de la legitimación como presupuesto de acción e ingreso a la vía jurisdiccional: "(...) la legitimación con ser una aptitud o cualidad predicable de las partes en un proceso -en lo que se asemeja a la capacidad para ser parte y a la capacidad procesal-, no constituye, como éstas, un presupuesto del derecho al proceso (...), es decir, del derecho a una sentencia sobre el fondo, sino un presupuesto de la acción, esto es, uno de los elementos necesarios para tener derecho a una tutela jurisdiccional concreta. Por eso, mientras las capacidades (...) son aptitudes ordinariamente generales, inherentes al sujeto de que se trate, aptitudes que se tienen o de las que se carece con independencia de procesos concretos y de los concretos objetos de esos procesos, la legitimación es una cualidad o condición de las partes en relación con concretos procesos o, lo que es igual, con los concretos objetos procesales." **DE LA OLIVA, Andrés y FERNÁNDEZ, Miguel Ángel**, *Derecho Procesal Civil I*, Edit. Centro de Estudios Ramón Areces S.A., cuarta edición, Madrid, 1975, p. 497.

²¹⁴ Hacemos analogía con el Derecho Civil, entendiéndose que la legitimación es la cualidad de un sujeto consistente en hallarse dentro de una situación jurídica determinada, en la posición que fundamenta, según el Derecho, el reconocimiento a su favor de una pretensión que ejercita (legitimación activa) o la exigencia, precisamente respecto de él, del contenido de una pretensión (legitimación pasiva)"; véase aquí: **DE LA OLIVA, Andrés y FERNÁNDEZ, Miguel Ángel**, *Derecho Procesal Civil I*, op. cit., p. 497. Casi idéntica posición asume, **ACOSTA ESTÉVEZ, José**, *Pretensión Procesal Administrativa, Ejecución de Sentencias y Construcción Jurisprudencial de la litispendencia en lo contencioso-administrativo*, op. cit., p. 43.

²¹⁵ Para el profesor **JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ** en: "La legitimación activa en el proceso administrativo", *Revista de Derecho Procesal*, Nº 2, 1956, p. 552, citado por **SÁNCHEZ ISAC**,

corresponda en derecho (en tanto concurren en esta parte las características y los requisitos necesarios para poder ser parte demandada, que en nuestro objeto de estudio, siempre lo será la Administración Pública como sujeto obligado a una actuación dejada de realizar, sin detrimento de la consideración de terceros obligados).

La "legitimatio" entonces, implica la aptitud de ser parte en un proceso concreto, viniendo determinada por la posición en que se encuentra respecto de la pretensión procesal. Sólo las personas que se encuentran en determinada relación con la pretensión, pueden ser parte en el proceso en que la misma se deduce.²¹⁶

Sin querer ahondar más en una definición conceptual de lo que debemos entender por legitimación en el ámbito general del proceso contencioso-administrativo -por ser tema de amplia consideración doctrinaria-, valga mencionar resumidamente que, es claro que el administrado o particular se enfrenta a una esfera de derecho, siendo titular de derechos o intereses legítimos²¹⁷ (destacado así por la propia Constitución, diferencia y tratamiento que más adelante abordaremos), además, destinatario de un conjunto de

Jaime, *El interés directo en los derechos español y francés*, op. cit., p. 67, "esta idoneidad específica se derivada de la relación jurídica debatida en el proceso; es, por tanto, aquel problema procesal más íntimamente ligado con el Derecho material, habiéndose llegado a considerar una cuestión de fondo y no meramente procesal."

²¹⁶ **SÁNCHEZ ISAC, Jaime**, *El interés directo en los Derechos Español y Francés*, op. cit., p. 67.

²¹⁷ En relación con elementos de la evolución del sistema procesal español, Cfr. **NIETO GARCÍA, Alejandro**, "La vocación del Derecho Administrativo de nuestro tiempo", en Revista de Administración Pública, número 76, enero-abril 1975, pp. 9-30.

"utilidades"²¹⁸ por parte de la Administración Pública, y que al enfrentarse a ese aparato y no quedar satisfecho total o parcialmente con dichas "utilidades", debe y tiene la posibilidad de accionar los instrumentos y medios que el sistema debe poner a su alcance, a fin de ver satisfechos sus requerimientos, pero, para poder hacerlo, su condición y su pretensión deben estar fundamentados y basados en el propio interés a la obtención de una tutela jurisdiccional efectiva.

Y como bien lo expresa MORÓN PALOMINO, "todo pronunciamiento jurisdiccional decisorio del conflicto comporta un acto de tutela que favorece al vencedor de la litia y que, además, alcanza al ordenamiento jurídico en cuanto su vigencia resulta reafirmada. Dicha tutela, que al estar a cargo de los órganos de la Jurisdicción recibe el nombre de tutela jurisdiccional, puede venir impedida jurídicamente en algunas ocasiones. Entonces, claro está, huelga hablar del interés en su obtención. Desde esta primera perspectiva, el interés se contempla en la faceta negativa de su inexistencia, con la consiguiente repercusión, igualmente negativa, de la prohibición de la acción y del proceso."²¹⁹

Por otra parte y en esta misma línea de pensamiento, la legitimación constituye uno de los pilares fundamentales de tipo constitucional; así, en

²¹⁸ Así llamadas por **ESCUSOL BARRA, Eladio** y **RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ, Jorge**, *Derecho Procesal Administrativo*, op. cit., p. 329.

²¹⁹ **MORÓN PALOMINO, Manuel**, "Reflexiones acerca de la legitimación procesal activa", Separata de Revista de Derecho Procesal Iberoamericana, número IV, octubre-diciembre, 1978, p. 917.

palabras de GARCÍA DE ENTERRÍA, el contencioso-administrativo está incluido en el artículo 24 constitucional, ya que la justicia administrativa es una justicia de tutela de "derechos" e "intereses legítimos".²²⁰

Pero, al fin y al cabo, lo que debe privar e interesar al sistema, es la protección jurisdiccional contra las ilegalidades de la Administración,²²¹ dentro de las que se contemplan, sin lugar a dudas, la inactividad material administrativa, y en este orden, NIETO GARCÍA expresaba hace ya algunos lustros, la imperiosa necesidad de que la legitimación no fuera obstáculo para permitir el acceso jurisdiccional y, aunque referido a los actos de la Administración -situación que ampliamos nosotros a la actividad genérica administrativa incluida en esta, la inacción administrativa como forma de vulneración de derechos-, nos decía el citado autor que: "si por la causa de la ilegalidad del acto la cuestión de fondo debe ser resuelta en el sentido de las pretensiones del actor, no hay razones válidas que justifiquen la inadmisibilidad procesal, mientras se siga creyendo que el Derecho Administrativo es un

²²⁰ Cfr. **GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo**, *Hacia una nueva justicia administrativa*, op. cit. Para **GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago**, *La jurisdicción Contencioso-Administrativa en Alemania*, op. cit., p. 124, la concepción de la legitimación en España aún no ha llegado a subjetivizarse de tal forma que sea acorde con el principio constitucional: "(...) tras la Constitución se ha asistido en España a una corriente general que propugna la generalización en el acceso a la jurisdicción, con apoyo en su artículo 24; esta última idea no es fácil de compatibilizar con una genuina construcción subjetiva del contencioso-administrativo, por la cual la jurisdicción se libre de las reminiscencias de origen francés de que su función es principalmente el control de la legalidad de la medida administrativa, en vez del derecho del individuo, y de ahí que el reto en España parece ser así el de afirmar esta nueva concepción subjetiva en el sentido alemán, logrando empero que la admisibilidad de la demanda se declare haciendo valer un simple interés, combinado, pues, ambos elementos."

²²¹ Cfr. **GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo**, "Sobre los derechos públicos subjetivos", en Revista Española de Derecho Administrativo, Nº 6, julio-septiembre 1975, pp. 427-446.

Derecho Público y que cuanto hace la Administración Pública afecta a todos los ciudadanos, y no sólo a unos individuos o a unos grupos."²²²

Y es que interesará, en definitiva, que los requisitos de accesibilidad sean considerados en su extensión y con la importancia que deben merecer dentro del proceso, como una forma de garantizar una tutela judicial efectiva. "Como recuerda acertadamente Ángel Arozamena Laso, siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional, el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del que forman parte los recursos impone, en trance de admisión o inadmisión, partir de determinadas premisas: un pronunciamiento de inadmisión no vulnera tal derecho fundamental siempre que el mismo esté debidamente fundado: tampoco es contrario al contenido esencial de tal derecho el que el legislador pueda rodear la inadmisión de ciertos requisitos y presupuestos especiales, siempre que tales requisitos garanticen la integridad del proceso y el derecho de defensa de las partes."²²³

²²² NIETO GARCÍA, Alejandro, "La discutible supervivencia del interés directo", en Revista española de Derecho Administrativo, Nº 12, enero-marzo 1977, p. 46. Véase también lo dicho en la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª, Sección 3ª, del 8 de abril de 1993, (Arz.3071), ponente: señor **Eladio Escusol Barra**, Fundamento de Derecho Primero, refiriéndose claro está al requisito de la legitimación, nos señala que: "Tal requisito ha de enjuiciarse, en el ámbito del proceso contencioso-administrativo, con criterio antiformalista, con el fin de que se satisfaga el derecho de tutela judicial efectiva y no se produzca indefensión (STS 23 enero 1989 (RJ 1989/424))." En cierta forma, puede verse que la Sala 4 del Tribunal Supremo, en Sentencia de 20 de abril de 1985, citada por **GONZÁLEZ RIVAS, Juan José**, "Reforma de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa: urgencia y criterios orientadores de la reforma" en Revista del Poder Judicial, Número especial XV, p. 158, omite el reconocimiento de la legitimación y por tanto omite sustraer el referido requisito.

²²³ **ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ, José María**, "El futuro del Tribunal Supremo y la reforma de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa", en Suplemento del Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi, año VII, Nº 308, setiembre 1997, p. 2. Se refiere también a esta tesis antiformalista, **MARTÍN CONTRERAS, Luis**, "Algunos apuntes sobre el proyecto de Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa", en Suplemento del Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi, año VII, Nº 314, de 23 de octubre de 1997, p. 6, al decir que: "(...) debe tenerse en consideración lo afirmado por este Tribunal en la STC 33/1990, donde se dijo que "el derecho a la tutela judicial impide la clausura de un procedimiento por defectos que pueden subsanarse, sin perjuicio de otros derechos o intereses igualmente legítimos". Esta doctrina, en

Lo importante radica entonces, en la consideración de la legitimación, en tanto requisito de acceso a la vía, pero para la invocación de la titularidad (de derechos o de intereses), que como mantiene GARCÍA DE ENTERRÍA, "como

consecuencia, obliga al órgano judicial a rechazar toda interpretación formalista y desproporcionada de los presupuestos procesales que le conduzca a negar el acceso a la jurisdicción, debiendo, en su lugar, utilizar aquella que resulte ser la más favorable al ejercicio del derecho a la tutela judicial, concediendo a la parte la posibilidad de subsanar los defectos u omisiones procesales que sean susceptibles de subsanación, en los términos anteriormente expresados, tal y como, por otro lado, dispone el art. 11.3 de la LOPJ [RCL 1985, 1578, 2635 y ApNDL 8375] (SSTC 132/1987, 140/1987 y 95/1988, entre otras)." En la misma posición se encuentra **GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo** y **FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón**, *Curso de Derecho Administrativo*, T. II, *op. cit.*, 1993, p. 600, quienes expresan: "(...) no creemos que la legitimación tenga naturaleza procesal *strictu sensu*, sino que es identificable con la titularidad de los derechos subjetivos que se hacen valer en el proceso, sin perjuicio de que a la invocación y la realidad de esa titularidad pueda dársele (...) un tratamiento prioritario al fondo, esto es, equiparando su tratamiento técnico al de un presupuesto procesal, aun sin serlo estrictamente." También, **GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo**, en, "Sobre los derechos públicos subjetivos", *op. cit.*, p. 437, expresa que: "Habría, primero, que determinar si la legitimación es un mero requisito procesal, que afecte como tal a la acción, o, por el contrario es ya un requisito de fondo relativo a la fundamentación de la pretensión, la titularidad misma del derecho sobre el cual se pide la tutela, como la mejor doctrina procesalista acepta hoy. Pero, aun sin necesidad de acudir a esa especie de argumento *ad hominem* frente al procesalismo, baste notar que lo que no puede ser nunca un mero requisito procesal en los procesos intersubjetivos, más inequívocos es la titularidad del derecho subjetivo sobre el que se debate, y esto es, sin embargo, lo que dice el artículo 28.2 de la Ley Jurisdiccional; la equiparación de este supuesto, a efectos de su calificación procesal, con el de la titularidad de un interés basta para desautorizar la tesis procesalista de que en los recursos basados en un simple interés éste se limita a jugar el papel de un requisito de admisión al fondo del proceso". En cambio, para **CORDÓN MORENO, Faustino**, *La legitimación en el proceso Contencioso-Administrativo*, *op. cit.*, p. 91-94, el problema de la legitimación queda circunscrito al trámite de la admisibilidad del recurso, considerándolo como un presupuesto "confundiendo la naturaleza del instituto con su tratamiento procesal". Puede verse también lo que al respecto expone **GONZÁLEZ-VARAS IBAÑEZ, Santiago J.**, *La jurisdicción contencioso-administrativa en Alemania*, *op. cit.*, p. 97 en que refiere al tratamiento que la justicia alemana da al problema de la legitimación en el proceso contencioso-administrativo, y señala: "Si no se precisase de legitimación para iniciar el proceso, éste no sería esencialmente un medio orientado al restablecimiento de la lesión que ha sufrido el particular (...). Así pues, la exigencia de legitimación (...) pretende, por una parte, afirmar la idea de la «posición central de los derechos del individuo en el proceso», y por otra parte, negar o evitar las acciones populares." Este autor hace un señalamiento interesante sobre esta figura, ya que indica que se da en dos momentos: la admisibilidad y la estimación, siendo en esta última la que se exija para su procedencia de la existencia de "lesión", lo que equivale a que si en un proceso por inactividad material de la Administración Pública, el Tribunal llega a la conclusión de que la inactividad no ha sido ilegal o no perjudicó al administrado, entonces la demanda se "desestima" al no haberse lesionado en los derechos del demandante. Concluye diciendo que: "En particular, para la acción obligacional (*Verpflichtungsklage*) el criterio es que está legitimado quien esté lesionado en sus derechos por la no concesión del acto que ha requerido." p. 104. En relación a las interpretaciones antiformalistas que conduzcan a la inadmisión de numerosos recursos contenciosos-administrativos, véase: **LINDE PANIAGUA, Enrique**, "El carácter antiformalista de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa", en *Revista española de Derecho Administrativo*, Nº 17, abril-junio 1978, pp. 301 y ss.

requisito de admisión podrá jugar, por razones simplemente prácticas, la mera invocación de la titularidad (de derechos o de intereses), no la realidad de la misma, la cual pertenece siempre al fondo; por razones prácticas, decimos, porque el juez puede anticipar sin necesidad de esperar la decisión de fondo, que el tipo de titularidad que el recurrente invoca no está dentro del ámbito de titularidades protegidas, lo que no quiere decir que ese ámbito no sea un ámbito jurídico-material, como bien se comprende. Se trata, pues, de una decisión previa por razones de fondo y no por razones atinentes a la pura relación procesal."²²⁴

Al respecto, y tomando a préstamo las palabras de ENTRENA CUESTA, hay que advertir que esta práctica igualación del titular del interés legítimo y la situación del titular de un derecho subjetivo lesionado, ha encontrado su reflejo en el artículo 31.2 del proyecto de Ley de la Jurisdicción Contencioso-

²²⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, "Sobre los derechos públicos subjetivos", *op. cit.*, p. 437. Cfr. ESTEBAN DRAKE, Antonio, *El derecho público subjetivo como instrumentación técnica de las libertades públicas y el problema de la legitimación procesal*, Edit. Civitas, 1ª edición, Madrid, 1981, p. 48. Véase también lo dicho por LORENZO JIMÉNEZ, José Vicente, *Reflexiones sobre el proceso contencioso-administrativo*, *op. cit.*, p. 14, en especial la referencia jurisprudencial que allí hace: "Según la STC 60/89, el derecho a la tutela judicial efectiva puede verse conculcado por la imposición de requisitos o consecuencias no ya impositivas u obstaculizadoras, sino meramente limitativas o disuasorias del ejercicio de las acciones o recursos legalmente habilitados para la defensa jurisdiccional de derechos o intereses legítimos. Para determinar si un obstáculo supone violación de un derecho haya que ver si obedece a razonables finalidades de protección de bienes e intereses constitucionalmente protegidos, y debe guardar una notoria proporcionalidad con la carga de diligencia exigible a los justiciables." (El destacado es nuestro). Coincide con esta idea, lo dicho por GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Eduardo, en el prólogo a la obra de CORDÓN MORENO, Faustino, *La legitimación en el proceso contencioso-administrativo*, *op. cit.*, p. 14: "(...) la legitimación, en cuanto afirmación de titularidad, siempre está relacionada con el derecho o situación sustantiva legitimante y su separación de ella es puramente transitoria, cerrándose el ciclo en la sentencia de fondo estimatoria o desestimatoria. En el primer caso (sentencia estimatoria) la titularidad afirmada (legitimación) coincide con la existente (situación sustancial protegida); en el caso de sentencia desestimatoria, la titularidad afirmada ha desplegado sus virtualidades exclusivamente procesales, pero su no coincidencia con la situación material alegada conlleva la pérdida en el fondo del recurso."

Administrativa de 1998 ya citado, en cuanto señala que también podrá pretender el reconocimiento de una situación jurídica individualizada y la adopción de las medidas adecuadas para el pleno restablecimiento de la misma, cuando coinciden en el mismo contencioso tanto el titular de un interés legítimo como el titular del derecho subjetivo lesionado; con lo cual, por otra parte, se siguen las pautas jurisprudenciales.²²⁵

Y es que no cabe la menor duda, y en ello coincidimos con GIMENO SENDRA, que la legitimación de las partes viene determinada por la titularidad de un derecho o por la existencia de un interés en el proceso (refiriéndose además, a la legitimación que debe asistirle al órgano jurisdiccional en el proceso y en el manejo del objeto procesal).²²⁶

Llegados a este punto, hemos hablado de que la legitimación considerada clásicamente, está caracterizada tanto por el interés que un sujeto pueda tener en la tutela jurisdiccional como por un derecho subjetivo, términos sobre los cuales nuestro ordenamiento ha derivado toda una discusión y no

²²⁵ ENTRENA CUESTA, Rafael, "Las partes", en La Reforma del Proceso Contencioso-Administrativo, Pamplona, Edit. Aranzadi, 1995, p. 96.

²²⁶ GIMENO SENDRA, José Vicente, "Poder Judicial, Potestad Jurisdiccional y Legitimación de la Actividad Judicial", en Separata de la Revista de Derecho Procesal Iberoamericana, número II-III abril-septiembre 1978, p. 336. Del mismo autor: *Derecho Procesal Administrativo*, op. cit., p. 188 y ss.. NIETO GARCÍA, Alejandro, "La inactividad material de la Administración: veinticinco años después", op. cit., p. 30 señala, refiriéndose al tema, que: "La estrecha formulación de los «derechos» obligó, con todo, a una ampliación de los objetos protegibles, que se extendió de los derechos subjetivos estrictos a determinados intereses. Es decir, que, sin quebrantar el sistema, el ordenamiento jurídico selecciona ciertos intereses, a los que (casi) equipara a los derechos, a los efectos de la protección judicial." Este autor además, resume muy claramente la posición adoptada por GARCÍA DE ENTERRÍA en la asunción de la teoría de los "derechos reaccionales", al decir que: "(...)superando la asimilación procesal entre derechos e intereses, afirmó su identidad sustancial: los intereses protegidos son, pura y simplemente, derechos con la pequeña matización de tratarse de derechos de naturaleza reaccional."

vagas confusiones doctrinales en cuanto al alcance que deben contener dichos términos dentro de la concepción general de la legitimación. Es por lo dicho, que se hace necesario ingresar en el presente análisis -aunque sea de forma somera-, hasta donde llegan los alcances de cada concepto empleado, atinentes a la legitimación a fin de incoar un proceso contencioso-administrativo contra las inercias administrativas. Valga por el momento, y a modo de diferenciación terminológica, indicar, junto con GONZÁLEZ CANO, el cual sigue a autores como RANELLETI, CAMMEO Y ZANOBINI, que el derecho subjetivo es un interés propio de su titular, mientras que el interés legítimo es propio del administrado por el simple hecho de que se trata de un interés que coincide con el general por el que la norma fue dictada. Se distingue así, entre derechos subjetivos por un lado, como intereses en los que al sujeto se le reconoce una potestad frente a otro y, por otro lado, los intereses individuales y colectivos garantizados de forma objetiva, sin esa potestad de "querer" frente a otras personas o sujetos.²²⁷

- Conceptos intrínsecos a la legitimación.

Dentro del concepto de legitimación al que nos hemos referido, se encuentran contemplados dos términos que engloban la idea de la posibilidad de acceso a la vía jurisdiccional, por parte de quien se sienta lesionado, en

²²⁷ GONZÁLEZ CANO, María Isabel, *La protección de los intereses legítimos en el proceso administrativo*, Edit. tirant lo blanch, Valencia, 1997, p. 20.

nuestro objeto de estudio por la inactividad de la Administración: el Interés y el Derecho.

En este orden -GIMENO SENDRA-, expresa que la legitimación activa en el proceso administrativo se estructura en torno a los conceptos de "derecho subjetivo", "interés directo" y "mero interés por la legalidad" o "acción popular" (SSTS 4º 8 de julio de 1986, 24 de mayo de 1988). La Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa sin embargo, apareja la titularidad de unas u otras formas jurídicas, en función del contenido o clase de pretensión que se formule, haciendo uso de la catalogación clásica de génesis francesa ("anulation" y "*pleine jurisdiction*"), de forma que, mientras el invocar la titularidad de un derecho subjetivo habilita al ciudadano para formular cualesquiera de los géneros de pretensiones admitidas en el Derecho Procesal Administrativo, el afirmar ser sujeto activo de un interés directo, o de un mero interés por la legalidad, únicamente confiere legitimación para deducir las pretensiones tendentes a la anulación de determinadas actuaciones administrativas.²²⁸

²²⁸ **GIMENO SENDRA, Vicente** y otros, *Curso de Derecho Procesal Administrativo*, op. cit., pp. 132 y 199. También se refiere al asunto **GIMENO, V., SABORÍO, R., GARBERÍ, J. y GONZÁLEZ-CUÉLLAR, N.**, *Derecho Procesal Administrativo Costarricense*, op. cit., p. 180. Para **GONZÁLEZ-VARAS IBAÑEZ, Santiago**, *La jurisdicción contencioso-administrativa en Alemania*, op. cit., 1993, p. 123, "la existencia de un mero interés para acceder a la jurisdicción se corresponde con el carácter del recurso contencioso-administrativo como medio al servicio del fin del contencioso-administrativo como un medio al servicio del fin del contencioso-administrativo de ser esencialmente un mecanismo de control de la legalidad administrativa." En este sentido, véase también: **NIETO GARCÍA, Alejandro**, "La inactividad material de la Administración: veinticinco años después", op. cit., pp. 39-40, en especial cuando expresa: "Esta posibilidad -o sea, el intento de sustantivar como interés legítimo protegible el interés genérico de un individuo en el mantenimiento de la legalidad- supondría un habilidoso artificio para dismantelar en la realidad los rigores de la exigencia de la legitimación sin quebrantar formalmente la letra de la ley. Y es muy posible que el Tribunal Supremo se decida algún día a aceptar y generalizar esta tesis, máxime si se tiene en cuenta que en su ejercicio puede retener

Ambas figuras se relacionan para determinar la existencia y posibilidad de la apertura de la vía contencioso-administrativa, trayendo consigo la finalidad de eficacia de la sentencia que se dicte en requerimiento mismo de las partes procesales. Lo fundamental, tal y como lo expresa con toda claridad CORDÓN MORENO, es que en el estado actual de nuestro ordenamiento, la jurisdicción contencioso-administrativa tiene por misión la tutela de situaciones jurídico-individuales de los administrados. Situaciones subjetivas que unas veces presentan las características de un derecho subjetivo y perfecto, otras la de un "interés legítimo" individual y las menos, en fin, la de un interés colectivo.²²⁹

A pesar de esto último, resulta de interés la tesis que sostiene el profesor NIETO GARCÍA, respecto de la consideración de que los intereses sociales no están organizados bipolarmente, queriendo decir con ello que, dentro de unos se debe dar la consideración de los otros y señala que en los intereses, aunque tengan una vertiente individual, sólo tienen verdadero

los medios suficientes para evitar el riesgo de un abuso de Derecho por parte del recurrente, de la misma manera que ya lo está haciendo con la acción popular...".

²²⁹ CORDÓN MORENO, Faustino, *La legitimación en el proceso contencioso-administrativo*, op. cit., pp. 60 y 63. Continúa diciendo este autor, resumiendo de forma precisa, acerca del alcance de la legitimación relacionada con el objeto mismo del proceso: "En definitiva, se podría decir que cuando se discute acerca de la legitimidad de una resolución o disposición administrativa en relación al derecho o interés deducido, el objeto del juicio viene a ser precisamente tal legitimidad en orden a la tutela de la situación jurídica subjetiva que se pretende lesionada. Situación subjetiva que, también en el proceso de anulación, posee una naturaleza sustancial y que viene configurada por un bien de la vida respecto al cual el ordenamiento jurídico constituye al sujeto en una posición de ventaja respecto a los demás. En el momento actual, la justicia administrativa, a través de la protección de derechos y de intereses, es la manifestación de una garantía casi total de las relaciones individuo-Administración pública." Cfr. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago, *La jurisdicción contencioso-administrativa en Alemania*, op. cit., pp. 104 y ss.

sentido desde una perspectiva colectiva, verbigracia: cada vecino tiene, naturalmente, interés individual en contar con una zona verde o escuela para disfrutar de ella personalmente.²³⁰

A) El interés.

El interés en su forma genérica, podríamos definirlo como la consideración de un sujeto sobre el beneficio que le deriva un derecho que cree tener; en este sentido, el "interés" estará determinado por la voluntad que el administrado pretenda de la Administración Pública respecto a una obligación que considere que debe realizar en su beneficio.

Como lo define JIMÉNEZ MEZA, "el concepto de "interés" implica un deseo de satisfacción de los diversos bienes de la vida por algún impulso que, no siempre racionalizado, se dirige mecánicamente hacia algo o pensadamente hacia un fin determinado."²³¹ En calificada doctrina se señala que objeto de las relaciones entrecruzadas de los miembros sociales es, en hipótesis, cualquier bien de la vida y, a su vez, la posición en que los hombres se sitúan con referencia a tales bienes, que es lo que se conoce con el nombre de "interés". De aquí que el conflicto entre dos o más personas, enfocado con relación a un cierto objeto, se perfile definitivamente como un conflicto de intereses y, por ello, recogiendo esta misma idea, se propugna un

²³⁰ NIETO GARCÍA, Alejandro, "La vocación del Derecho Administrativo de nuestro tiempo", *op. cit.*, pp. 25-26.

²³¹ JIMÉNEZ MEZA, Manrique, *La legitimación administrativa para la defensa de los intereses legítimos y los derechos subjetivos*, *op. cit.*, p. 58.

concepto del proceso como instrumento destinado a resolver conflictos de tal clase.²³²

El "interés" responde a una necesidad social y adquiere relevancia para el Derecho, en tanto sea jurídico o legítimo, y, por medio del proceso y de la protección que hace el sistema de los ciudadanos, es que el "interés" se ve manifestado para la consecución de una efectividad, de una tutela jurisdiccional, que es lo que busca en última instancia el administrado, al pretender una protección de los Jueces y Tribunales, así como una materialización final de sus derechos por parte de la Administración Pública incumplidora de su deber.²³³

Por ello, valga citar aquí las palabras de SILGUERO ESTAGNAN, para quien el Derecho Procesal debe tener como prioridad, la protección de los ciudadanos y la satisfacción, a través del proceso, de sus necesidades individuales, colectivas y sociales: mostrando una especial sensibilidad hacia las graves diferencias existentes que afectan, si no a la igualdad formal, sí, al menos, a la igualdad real subyacente. Agrega además y paralelamente a lo anterior, que la justicia tiene que ser rápida, de poco coste y efectiva en la resolución de los conflictos que se le plantean y, para ello, el Estado debe

²³² **GUASP DELGADO, Jaime**, *La pretensión procesal*, op. cit., p. 25. Cfr. **JIMÉNEZ MEZA, Manrique**, *La legitimación administrativa para la defensa de los intereses legítimos y los derechos subjetivos*, op. cit., pp. 57 y ss.; así como la bibliografía reseñada en nota de pie 66, sobre el tratamiento conceptual del interés.

²³³ **GIMENO SENDRA, Vicente** y otros, *Derecho Procesal Administrativo*, op. cit., p. 190, quienes dicen: "si no existe legitimación en las partes procesales, un pronunciamiento judicial de fondo, resolutorio de la cuestión controvertida, resultaría totalmente ineficaz". Una clasificación de intereses tutelables nos la da **ALMAGRO NOSETE, José**, "Legitimación y amparo constitucional", op. cit., pp. 621-622.

desterrar los obstáculos que se le opongan, adoptando un papel regulador activo.²³⁴ Y es que el "interés" del individuo, como observa NIETO GARCÍA, cualquiera que sea, no es exclusivo del ámbito jurisdiccional, puesto que nace mucho antes, en vía administrativa e incluso antes todavía, cuando ni siquiera ha empezado a actuar la Administración (piénsese, por ejemplo, en el interés de los ciudadanos porque la Administración asuma un servicio o dicte un acto administrativo).²³⁵

Por tanto y con fundamento en lo anterior, el interés queda plasmado en dos diferentes conceptualizaciones y vertientes de estudio: por un lado el llamado **interés directo** y por otro lado el **interés legítimo**²³⁶. A pesar de que coincidimos plenamente con el criterio del profesor GONZÁLEZ PÉREZ,²³⁷ en el sentido que la ley le da a este término, en relación a la admisibilidad de la pretensión, creemos conveniente señalar las diferencias que reiteradamente se han venido suscitando en las relaciones contencioso-administrativas, sin entrar aún en el análisis que normativamente tiene esta temática. Para este autor, cuando la ley exige el "interés" para que sea admisible la pretensión, está

²³⁴ **SILGUERO ESTAGNAN, Joaquín**, *La tutela jurisdiccional de los intereses colectivos a través de la legitimación de los grupos*, Edit. Dykinson, Madrid, 1995, p. 41.

²³⁵ **NIETO GARCÍA, Alejandro**, "La supervivencia del interés directo", *op. cit.*, p. 50.

²³⁶ Advierte la doctrina que: "Por interés, que la normativa vigente califica bien de «legítimo, personal y directo» o bien, simplemente, de «directo» o de «legítimo individual o colectivo», y que obviamente es un concepto más amplio que el de derecho subjetivo, debe reputarse toda situación jurídica individualizada, caracterizada, por un lado, por singularizar la esfera jurídica de una persona respecto de las de la generalidad de los ciudadanos o administrados en sus relaciones con la Administración Pública, y dotada, por otro, de consistencia y lógica jurídico-administrativas propias, independientes de su conexión o derivación con verdaderos derechos subjetivos." Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª, Sección 2ª, del 6 de marzo de 1997 (Arz. 1781), Fundamento Jurídico Segundo, ponente: señor **Jaime Rouanet Moscardó**.

²³⁷ **GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús**, "La reforma del proceso contencioso-administrativo", dirigido por **Alfonso Pérez Moreno**, Edit. Aranzadi, Universidad de Sevilla, 10 y 11 de febrero de 1995, p. 50. Véase también del mismo autor: *La reforma de la legislación procesal administrativa*, Edit. Civitas, primera edición, 1992, p. 42.

utilizando un concepto no jurídico ni determinado, ni indeterminado, sencillamente, utiliza la palabra "interés" en sentido vulgar. De ahí que para él deba rechazarse cualquier sutileza jurídica.

a) Interés directo.

El interés directo, está referido a aquel interés amparado en la legalidad, real y actual, que concurre en un sujeto de derecho, cuando una determinada actuación administrativa, lesiona, directa o indirectamente, su esfera de facultades individuales, de modo tal que la anulación de dicha actividad le proporciona un beneficio, o le elimina un perjuicio de cualquier índole.²³⁸

Entonces, este concepto es aquel, que de prosperar la acción o pretensión, genera un beneficio jurídico para el que acciona. Como lo señala la misma jurisprudencia, existe interés directo, personal y legítimo siempre que pueda suponerse que la declaración jurídica preconizada colocaría a los recurrentes en condiciones naturales y legales de conseguir un determinado beneficio material o jurídico, o, incluso, de índole moral.²³⁹

Este concepto tiene, asimismo, una esfera mayor de reducción a la determinación, ya que viene referido a la ostentación de una voluntad concreta,

²³⁸ **GIMENO SENDRA, Vicente** y otros, *Curso de Derecho Procesal Administrativo*, op. cit., p. 132.

²³⁹ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª, Sección 3ª, de 6 de marzo de 1997 (Arz. 1817), ponente: señor **Eladio Escusol Barra**, Fundamento Jurídico Tercero. Se refiere también al tratamiento jurisprudencial: **SÁNCHEZ SUÁREZ, Rafael**, *La Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (Reforma)*, op. cit., pp. 40-41.

específica y clara de lo que el mismo ordenamiento y sistema le permitan. Es decir, que la deducción de sus ventajas o utilidades jurídicas estarán circunscritas no a cualquiera, sino a unas determinadas previamente. Es por ello que la misma jurisprudencia ha establecido los requisitos mínimos para la consideración de este tipo de interés, señalando que es preciso que en el actor concorra un interés legitimador que para que se pueda imputar que sea "directo", es necesario que sea personal y actual, esto es, que la declaración pretendida del órgano jurisdiccional comporte al accionante un beneficio, sin que sea suficiente ni un mero interés a la legalidad ni un interés frente a supuestos agravios potenciales o futuros.²⁴⁰

²⁴⁰ Véase **ESCUSOL BARRA, Eladio y RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ, Jorge**, *Derecho Procesal Administrativo*, op. cit., p. 332, en donde se refiere a la sentencia del Tribunal Supremo del 8 de julio de 1986. Por otra parte valga aclarar que, cuando se refiere a la insuficiencia de la consideración del mero interés a la legalidad se está aludiendo, a como lo hace la **NUEVA ENCICLOPEDIA JURÍDICA**, T. XIII, Edit. Francisco Seix, S.A., Barcelona, 1968, p. 222, en el sentido de que: "Resulta de aquí que del examen del conjunto de normas que constituyen el Derecho administrativo aparece la existencia de dos clases distintas: unas, que han sido dictadas precisamente para garantizar, frente a la actividad administrativa, situaciones jurídicas individuales; otras, que no han sido dictadas con esta finalidad, sino fundamentalmente para garantizar una utilidad pública. GUICCIARDI llama a las primeras *normas de relación* y a las segundas *normas de acción*. Estas últimas se refieren a la organización, al contenido y al procedimiento que ha de presidir la acción administrativa; imponen, por tanto, una conducta obligatoria a la Administración, pero tal obligación no se corresponde con el derecho subjetivo de que sean titulares determinados particulares. Claro es que cualquier ciudadano podría alegar su interés en que tales normas de acción sean respetadas por la actuación administrativa; pero sería éste un interés vago e impreciso, que, por no estar protegido por el ordenamiento jurídico, se conoce con el nombre de *simple o mero interés*." Cfr. **GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago**, *La jurisdicción contencioso-administrativa*, op. cit., pp. 106 y ss. **GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo**, "Sobre los derechos públicos subjetivos", op. cit., pp. 436 y ss. Cfr. **NIETO GARCÍA, Alejandro**, "La discutible supervivencia del interés directo", op. cit., pp. 44 y ss. Véanse entre otras: Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 1997, Rec. Nº 1616/1996. Sala 3º, Sección 3º. Ponente: **Oscar González González** (Arz. 6107). Fundamento Jurídico 1º. También Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de julio de 1997. Rec. Nº 3485/1996. Sala 3º, Sección 3º. Ponente: **Fernando Ledezma Bartret** (Arz. 6338). Fundamento Jurídico 1º, en donde se deja debidamente por sentado, que el mero interés en la defensa de la legalidad que invoque la parte recurrente, no legitima para el ejercicio de una acción procesal (SSTS 2415/80 [RJ 1980, 2833], 13 de abril 1984 [RJ 1984, 2247] y 26 julio 1996 [RJ 1996, 5720]).

Como observa GIMENO SENDRA, es posible, pues, entender hoy por "interés directo" el que tienen aquellas personas, que por razón de la situación objetiva en que se encuentran, por una circunstancia de carácter personal, o por ser los destinatarios de una regulación sectorial, son titulares de un interés propio, distinto del de cualquier ciudadano, de que los poderes públicos actúen de acuerdo con el ordenamiento cuando, con motivo de la persecución de fines de interés general, inciden en el ámbito de tal interés propio, aún cuando la actuación de que se trate no les ocasione, en concreto, un beneficio o un servicio inmediato.²⁴¹

b) Interés legítimo.

Correspondiendo a la dirección y sentido de cada norma jurídica, muchas pueden ser las posiciones que adopten las partes en el requerimiento de las prestaciones que, en una relación jurídico-administrativa, se den.²⁴²

²⁴¹ GIMENO SENDRA, Vicente y Otros, *Curso de Derecho Procesal Administrativo*, op. cit., p. 134. "Por lo tanto, puede decirse que el elemento definitorio del concepto «interés directo», es el de «personalidad» de su contenido, pues, como escribe GARCÍA DE ENTERRÍA, lo que mueve al recurrente en el proceso administrativo no es un abstracto interés por la legalidad, sino el concretísimo de estimar que la Administración le está perjudicando al obrar fuera de la legalidad y que, por tanto, ese perjuicio debe ser eliminado mediante la eliminación del acto ilegal que le acusa." De los mismos autores, *Derecho Procesal Administrativo*, op. cit., p. 200. Véase lo dicho por NIETO GARCÍA, Alejandro, "La discutible supervivencia del interés directo", op. cit., p. 46, quien señala que, "el interés directo, por expresa declaración legal, no legitima a quien pretende el reconocimiento de una situación jurídica individualizada, que, como es lógico, ha de estar amparada en un auténtico derecho subjetivo: «sin que, en el supuesto de no pretenderse la declaración de una situación jurídica individualizada, sea posible exigir que el interés se halle respaldado por un precepto jurídico concreto, pues ello significaría confundir los términos de interés y derecho legal y jurídicamente diferenciado» (Sentencia de 9-V-1973)."

²⁴² Entendiendo por relación jurídica, como aquella que se da entre dos sujetos de Derecho, cuando la situación de poder en que se encuentra uno de ellos, se corresponde necesariamente con una situación actualizada de deber de otro. Véase definición que sobre "interés legítimo" nos brinda el profesor FERNANDO GARRIDO FALLA, en la **NUEVA ENCICLOPEDIA JURÍDICA**, T. XIII, op. cit. p. 221. Cfr. CANO MATA, Antonio, "Reforma de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa: urgencia y criterios orientadores de la reforma", en Revista del Poder Judicial, número especial XV, 1989, pp. 147 y ss.

Respecto de estas situaciones, el deber de obrar de determinada forma, según el ordenamiento, es condición para el actuar del sujeto a quien va dirigida la acción prestacional.

De todo esto resulta, pues, que ciertos administrados pueden tener un interés cualificado respecto de la legalidad de determinada actividad administrativa. Esta es la noción del interés legítimo.²⁴³ Ello, nos da una categorización más amplia del "interés" que pueda asistirle a un administrado cuando siente que su derecho ha sido vulnerado y violentado de alguna forma. El alcance que toma este término, deriva de una matización del "interés simple", en todo caso, identificado con cualquier ventaja o utilidad jurídica derivada de la reparación pretendida.²⁴⁴

A estos intereses, a los que nos estamos refiriendo, la sociedad viene demandando una mayor protección y cobertura, tal y como lo señalaba NIETO

²⁴³ **NUEVA ENCICLOPEDIA JURÍDICA**, *Ibidem.*, p. 222. Es de interés comparativo, resaltar la definición que se nos da en este compendio de definiciones jurídicas, en donde sobresale la idea que determina el "interés legítimo", basado en las ventajas o desventajas que resultan de la acción de la Administración, haciendo nosotros el paralelismo semántico con la inacción administrativa, de la cual también resultaría una desventaja al administrado, dándole legitimación a su interés de que se le tutele un derecho que le asiste: "puede haber administrados para los que de la observancia o no de las normas de acción por parte de la Administración pública «resulte ventaja o desventaja de modo particular respecto a los demás». Esto puede ocurrir por dos órdenes de razones. En primer lugar, puede ser el resultado de la particular posición de hecho en que uno o algunos ciudadanos se encuentren, que los hace más sensibles que otros frente a un determinado acto administrativo; (...) En segundo lugar, puede ser el resultado de que ciertos particulares sean los *destinatarios* del acto administrativo que se discute (...) De todo esto resulta, pues, que ciertos actos administrativos pueden tener un interés cualificado respecto de la legalidad de determinados actos administrativos. Ésta es la noción del *interés legítimo*, que cabalmente por las razones señaladas postula para sí la protección del ordenamiento jurídico." En relación al origen de la noción del concepto, véase: **ALMAGRO NOSETE, José**, "Legitimación y amparo constitucional", *op. cit.*, p. 622. Véase también a **JIMÉNEZ MEZA, Manrique**, *La legitimación administrativa para la defensa de los intereses legítimos y los derechos subjetivos*, *op. cit.*, p. 58.

²⁴⁴ **ALONSO IBÁÑEZ, María del Rosario**, *Las causas de inadmisibilidad en el proceso contencioso-administrativo*, *op. cit.*, p. 178.

GARCÍA al hacer referencia a la necesidad de la contemplación de los intereses colectivos: "Después de todo, ya sólo falta dar un paso más, y lo mismo que se ha pasado de la tutela de los derechos a ciertos intereses, ahora cabe esperar que se amplíe la protección *a todos* los intereses. Máxime cuando es muy fácil encontrar una cobertura genérica para todos ellos en el interés público que, valga la redundancia, es el primer interesado en el respeto del derecho objetivo y la conservación del orden técnico (...) Porque las infracciones administrativas se muestran realmente no tan sólo como una lesión de las situaciones de los administrados, sino como entorpecimiento a la buena y recta administración."²⁴⁵

Para la jurisprudencia, también el ámbito que cubre este interés es mucho mayor y más contemplativo de los derechos de los administrados, como un modo de apertura mayor a la reclamación y protección de los mismos en vía jurisdiccional. Así, en sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª, Sección 4ª, del 4 de febrero de 1991 (Arz. 1241), ponente: señor Jaime Rouanet Moscardó, fundamento jurídico segundo, valga reseñar en lo conducente que:

"(...)interés legítimo, concepto que es mucho más amplio que el de interés personal y directo(...) y que consiste en

²⁴⁵ NIETO GARCÍA, Alejandro, "La discutible supervivencia del interés directo", *op. cit.*, p. 42. Una posición maximalista en la consideración del "interés legítimo" aún cuando referida a la legitimación en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, la postula **ALMAGRO NOSETE, José**, "Legitimación y amparo constitucional", *op. cit.*, pp. 642-643, al decir que: "(...) acaso no sobra la ambigüedad del concepto «intereses legítimos», pues a su tradicional enfoque de interés individual puede añadirsele, sin que el concepto se resienta, la dimensión social. Y si para interesar a otro en una relación jurídica ajena, siempre se ha pensado en el beneficio que, a quien se interesa, acarrea y en el respeto que la libertad de ejercicio del propio derecho comporta, no puede olvidarse que, en ocasiones, el interés por el derecho ajeno puede tener carácter solidario y que la libertad de ejercicio del derecho puede estar anulada o presionada."

el que tienen aquellas personas que, por la situación objetiva en que se encuentran, por una circunstancia de carácter personal o por ser los destinatarios de una regulación sectorial, son titulares de un interés propio, distinto del de los demás ciudadanos o administrados y tendente a que los poderes públicos actúen de acuerdo con el ordenamiento jurídico cuando, con motivo de la persecución de sus propios fines generales, incidan en el ámbito de ese su interés propio aunque la actuación de que se trate no les ocasione, en concreto, un beneficio o servicio inmediato. Ese interés, que desde el punto de vista procedimental administrativo es una situación reaccional, en pro de la defensa y efectiva reintegración de lo que doctrinalmente se ha llamado el propio círculo jurídico vital y en evitación de un potencial perjuicio ilegítimo temido, está conectado con este concepto de perjuicio, de modo que el interés se reputa que existe siempre que pueda presumirse que la declaración jurídica pretendida habría de colocar al accionante en condiciones legales y naturales de conseguir un determinado beneficio material o jurídico o, incluso, de índole moral (sin que sea necesario que quede asegurado de antemano que forzosamente haya de obtenerlo, ni que deba de tener apoyo en un precepto legal expreso y declarativo de derechos), así como cuando la persistencia de la situación fáctica creada o que pudiera crear el acto administrativo ocasionaría un perjuicio, con tal de que la repercusión del mismo no sea lejanamente derivada o indirecta sino resultado inmediato de la resolución que se dicte o llegue a dictarse(...)"

Creemos que esta línea jurisprudencial,²⁴⁶ viene a ser fiel exponente del amplio alcance que se le otorga al interés legítimo, contemplativo del mismo interés directo y reaccionario de un mayor número de ilegalidades administrativas, dentro de las que podemos incluir claramente a la inactividad material, productora de una evidente lesión en la esfera jurídica del particular al que se le deba la prestación o no se le haya dado satisfacción plena a sus derechos en vía administrativa.

²⁴⁶ Puede verse lo que al respecto menciona la citada sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª, Sección 4ª, del 4 de febrero de 1991 (Arz. 1241), ponente: señor **Jaime Rouanet Moscardó**, que en el punto cuarto de su fundamento jurídico cuarto, a la letra dice: "Ese interés legítimo, que abarca todo interés material o moral que pueda resultar beneficiado con la estimación de la pretensión ejercitada (siempre que no se reduzca a un simple interés por la pura legalidad), puede prescindir, ya, de las notas de «personal y directo», pues tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo como la del Tribunal Constitucional -en sentencias, entre otras, 60/1982, 11.10 (RTC 1982/60), 62/1983, 11.7 (RTC 1983/62) y 160/1985, 28.11 (RTC 1985/160) y auto 199/1985, 27.2. Aun declarado, al diferenciar el interés directo y el interés legítimo, que éste no sólo es superado y más amplio que aquél sino también que es, por sí, autosuficiente, en cuanto presupone que la resolución administrativa a dictar puede repercutir, directa o indirectamente, pero de un modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la correspondiente esfera jurídica de quien se apersona." (El subrayado pertenece al original). Se refiere también claramente a este punto la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª, Sección 2ª, del 6 de marzo de 1997 (Arz. 1781), Fundamento Jurídico segundo, ponente: señor **Jaime Rouanet Moscardó**, así como la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª, Sección 6ª, del 18 de febrero de 1997 (Arz. 1197), ponente: señor **José Manuel Sieira Miguez**, Fundamento Jurídico Tercero. Véase también lo dicho por **GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús**, *La reforma de la legislación procesal administrativa*, op. cit., pp. 41 y ss. Así como lo expresado en el **Informe del Pleno del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1995** con fecha 22 de febrero de 1995, p. 59 y que en lo conducente expresa, en términos casi idénticos a como lo hace la Sentencia del 4 de febrero de 1991 y citada supra: "(...) como señala la STC 60/1982, la expresión interés legítimo es, en todo caso, más amplia que la de interés directo, cuyo concepto trata de perfilar la jurisprudencia del Tribunal Supremo considerando que el «interés legítimo» es el que tienen aquellas personas que por razón de la situación objetiva en que se encuentran, por una circunstancia de carácter personal o por ser las destinatarias de una regulación sectorial, son titulares de un interés propio, distinto del de cualquier ciudadano en que los poderes públicos actúen de acuerdo con el ordenamiento jurídico, aun cuando la actuación de que se trata no les ocasione, en concreto, un beneficio o servicio inmediato (STS 1 de junio de 1985). Así, la titularidad de derechos subjetivos y de intereses directos e indirectos debe ser considerada presupuesto suficiente de la acción procesal administrativa y legitimadora, por tanto, para la admisibilidad del proceso contencioso-administrativo, con la consecuente desaparición de diferencias substanciales entre las llamadas pretensiones de anulación y pretensiones de plena jurisdicción. El «interés legítimo» es, por tanto, una manifestación del derecho a la tutela judicial con carácter pleno, al igual que la titularidad de un derecho subjetivo. El título legitimador no puede condicionar el alcance del fallo, sino que éste dependerá de la relación jurídico-material que se cuestiona." Cfr. **NIETO GARCÍA, Alejandro**, "La inactividad material de la Administración: veinticinco años después", op. cit., p. 35. En doctrina más reciente, puede

Y, aún cuando esta jurisprudencia sea fundamentada en la actividad administrativa y no en la inactividad como forma de ilegalidad (por no estar así considerada en la ley vigente), sí es plausible que se habla incluso de que bajo esta noción de "interés" no se requiera apoyo en precepto legal expreso y declarativo de derechos.²⁴⁷

Convendrá añadir -GARCÍA DE ENTERRÍA- que el Tribunal Constitucional ha dicho también que el concepto constitucional de "intereses legítimos" dispensa del requisito de que los mismos sean directos, como exigía la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (art. 28); la Ley de Procedimiento Administrativo, de 1958, aún precisaba más, artículo 113: "interés directo, personal y legítimo". La Constitución no califica a los intereses tutelables de directos o personales; de ahí el Tribunal Constitucional ha obtenido la consecuencia de que bastan intereses indirectos y que no se exige tampoco que sean personales, vía por la cual la jurisprudencia constitucional ha abierto la tutela a los intereses que la doctrina italiana, tan sutil de nuevo en este campo, ha llamado difusos o colectivos.²⁴⁸

verse: **GONZÁLEZ CANO, María Isabel**, *La protección de los intereses legítimos en el proceso administrativo*, op. cit., pp. 41-52.

²⁴⁷ En opinión de **ELADIO ESCUSOL BARRA**, partiendo del interés como instrumento de acceso a la vía jurisdiccional y garantía de la legalidad, expresa que se llega a la definición de interés legítimo como situación caracterizada por la garantía de una utilidad instrumental a la legalidad del comportamiento administrativo o, desde una perspectiva subjetiva, como interés instrumental a la legalidad que se fundamenta en un interés sustancial, que podría eventualmente realizarse en caso de que se realice el interés instrumental. Véase de este autor: *Derecho Procesal Administrativo*, op. cit., p. 330.

²⁴⁸ **GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo**, *Hacia una Nueva Justicia Administrativa*, op. cit., p. 69.

A pesar de esta subsunción del interés directo en el interés legítimo, es de destacar el matiz que hace el Tribunal Supremo sobre la amplitud en que debe versar el interés legítimo, diciendo que:

"en alusión a la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la ampliación del interés tutelable, en cuanto presupuesto de legitimación, "este mismo Tribunal ha precisado que la expresión "interés legítimo" utilizada en nuestra Norma Fundamental, aun cuando sea un concepto diferente y más amplio que el de "interés directo", ha de entenderse referida a un interés en sentido propio, cualificado o específico (cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional 257/1988, de 22 de diciembre [RTC 1989\257])" lo que "en el ámbito específico de esta Sala del Tribunal Supremo ha llevado a insistir en que la relación unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión (acto o disposición impugnados), con la que se define la legitimación activa, comporta dialécticamente el que su anulación produzca de modo inmediato un efecto positivo (beneficio) o negativo (perjuicio) actual o futuro, pero cierto (Sentencia del Tribunal Supremo de 1 octubre 1990 [1990\1454]); y presupone, por tanto, que "la resolución administrativa pueda repercutir, directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, es decir, no someramente hipotético, potencial y futuro, en la correspondiente esfera jurídica de quien se persona" (Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de enero 1991 [RJ 1991\1241]). En la misma línea pueden citarse Sentencias de 17 de marzo y 30 de junio 1995 (RJ

1995\2387 y RJ 1995\5111) y 12 febrero 1996 (RJ 1996\1567), entre otras muchas.²⁴⁹

Además, sin querer incurrir en la reiteración de ideas, por resumir claramente las ideas expuestas, válgasenos citar aquí la siguiente jurisprudencia del Tribunal Supremo, la cual considera que el interés legítimo es:

*"...el que tienen aquellas personas que por razón de la situación objetiva en que se encuentran, por su situación personal o ser destinatarios de una regulación sectorial, son titulares de un interés propio distinto del de cualquier ciudadano, de que los poderes públicos, actúen de acuerdo con el ordenamiento público, cuando con motivo de la prosecución de fines de interés general, inciden en el ámbito de ese interés propio, aun cuando la actuación de que se trate no les ocasione un concreto beneficio o perjuicio inmediato."*²⁵⁰

B) Derechos Subjetivos.

Remitiéndonos a un concepto simplista del significado de Derecho Subjetivo, diríamos que, en su sentido más general, es la facultad reconocida y garantizada a una persona por el ordenamiento jurídico; o como lo define

²⁴⁹ Sentencia del Tribunal Supremo, Contencioso Administrativo, Sala 3ª, Sección 7ª, de 28 de enero de 1997 (Arz. 541), ponente: señor **Vicente Conde Martín de Hijas**, Fundamento Jurídico primero.

²⁵⁰ STS de 16 de julio de 1987, Sala 5ª (Arz. 5434), ponente: señor **Enrique Cancero Lallanne**, fundamento jurídico segundo. Sentencia que también ha sido referenciada por **JIMÉNEZ MEZA, Manrique**, *La legitimación administrativa para la defensa de los intereses legítimos y los derechos subjetivos*, op. cit., p. 232.

claramente GARCÍA DE ENTERRÍA, "esta figura se edifica sobre el reconocimiento por el Derecho de un poder en favor de un sujeto concreto que puede hacer valer frente a otros sujetos, imponiéndoles obligaciones o deberes, en su interés propio, reconocimiento que implica la tutela judicial de dicha posición"²⁵¹.

Sin embargo, siendo más rigurosos en una conceptualización del término, diríamos que se manifiesta el derecho subjetivo cuando el precepto jurídico, o, en otros términos, la coercibilidad de una norma establecida en favor de alguien, se deja a su iniciativa y libre disposición.²⁵²

Así visto, el "derecho subjetivo" equivale al poder exclusivo conferido a una persona para actuar en su propia ventaja la tutela jurídica; como señala LADARIA CALDENTEY, el titular de un derecho subjetivo puede ejercitarlo mediante la actuación de las facultades que éste implica; tiene, por tanto, legitimación para realizar los actos que signifiquen ejercicio de su derecho.²⁵³

²⁵¹ **GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo**, "Sobre los derechos públicos subjetivos", *op. cit.*, p. 428. Para **LADARIA CALDENTEY, Juan**, *Legitimación y Apariencia Jurídica*, *op. cit.*, p. 45, el titular de un derecho subjetivo es la persona a la cual éste es atribuido: "Titularidad es, pues, la posición de una persona a la que la norma reconoce un interés sobre un determinado bien, otorgándole facultades (actuales o potenciales; mediatas o inmediatas) de actuación sobre el mismo."

²⁵² Existe asimismo, un derecho subjetivo general y público a la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales, tal y como lo demanda el propio artículo 24.1 Constitucional. "Ante la evidencia de que la actividad de ese poder se proyecta sobre los ciudadanos, éstos disponen de un derecho público subjetivo y constitucional a la tutela efectiva de Jueces y Tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos (art. 24.1 CE)(...) el art. 106.1 CE establece expresamente que «los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican», de ahí se desprende con claridad que es la Jurisdicción quien asume la tarea de enjuiciar las manifestaciones funcionales contempladas en el precepto." **GIMENO SENDRA, Vicente**, **GARBERÍ LLOBREGAT, José y GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás**, *Derecho Procesal Administrativo*, *op. cit.*, p. 47.

²⁵³ **LADARIA CALDENTEY, Juan**, *Legitimación y Apariencia Jurídica*, *op. cit.*, p. 45.

Es, en otras palabras, la facultad o conjunto de facultades, con significado unitario e independiente, que se otorga por el ordenamiento jurídico a un ser de voluntad capaz o de voluntad suplida por la representación, para la satisfacción de sus fines e intereses, y autoriza al titular para obrar válidamente, dentro de ciertos límites, y exigir de los demás, por un medio coactivo, en la medida de lo posible, el comportamiento correspondiente.²⁵⁴

Tal y como lo concibe el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA, "cualquier actuación por parte de la Administración que incida en el ámbito vital de un sujeto que no sea legal, habilita inmediatamente a ese sujeto con una acción impugnatoria para defender la integridad de su ámbito vital. Donde está el derecho subjetivo es en la acción reaccional, no en la situación previa, la integridad pacífica del ámbito vital, la cual se protege con dicha acción porque nadie puede ser afectado en ella sino por títulos y por cauces legítimos que impongan al sujeto pasivo la carga o la obligación de soportar esa incidencia o de sacrificar sus situaciones de ventaja. El análisis de legitimidad del ataque se hace en función de esa protección y en ejercicio de ese "derecho de armas" que es la acción subjetiva."²⁵⁵

En resumen, cuando un particular o administrado encuentra que la Administración Pública interfiere en su ámbito jurídico, ya sea por medio de actuaciones o inacciones de tipo material-prestacional, teniendo la

²⁵⁴ NUEVA ENCICLOPEDIA JURÍDICA, Tomo VII, *op. cit.*, p. 104 y 110.

²⁵⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Hacia una Nueva Justicia Administrativa*, *op. cit.*, p. 69.

obligatoriedad de su ejercicio y puesta en ejecución, y con ello se perjudica su ámbito material o moral de intereses, adquiere, por la conjunción de los dos elementos de perjuicio y de la ilegalidad, manifestada por el no despliegue de la acción material-obligacional requerida, un derecho subjetivo a la eliminación de esa actuación ilegal, de modo que se defienda y restablezca la integridad de sus intereses. En consecuencia ese derecho subjetivo se revela en la atribución por el ordenamiento de una acción impugnatoria, cuya titularidad y consiguiente disponibilidad ostenta a partir de ese momento plenamente.²⁵⁶ Esto quiere decir, que si refiriéndonos a nuestro concreto objeto de estudio cual es la inactividad, la Administración Pública causa una lesión, el particular o administrado que se considere perjudicado, tendrá el derecho subjetivo a la eliminación de esa actuación ilegal, de modo que se defienda y restablezca la integridad de sus intereses.

II. LA LEGITIMACIÓN Y LA CONSTITUCIÓN DE 1978.

El artículo 24.1 Constitucional de repetida cita, es claro en que la tutela judicial efectiva será en el ejercicio de "derechos" e "intereses legítimos". En este orden, la Constitución viene a reconocer a todos los administrados, sin distinción alguna, tanto si son titulares de derechos subjetivos, como si lo son sólo de intereses legítimos, el derecho a una tutela judicial efectiva, "que para

²⁵⁶ **GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo**, "Sobre los derechos públicos subjetivos", *op. cit.*, pp. 463-443 y del mismo autor y **FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón**, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. II, Madrid, 1977, pp. 43-56, doctrina recogida por **CORDÓN MORENO, Faustino**, La legitimación en el proceso contencioso-administrativo, *op. cit.*, p. 90.

ser realmente tal, debe, como es lógico, restablecer en su integridad *el statu quo* que indebidamente alteró el acto recurrido."²⁵⁷

Antes de la promulgación de la Constitución de 1978, se hablaba de protección de un "derecho subjetivo" (que es la que caracterizaba a la jurisdicción subjetiva), con la salvaguarda de un "interés legítimo", cuya acción promueve un interesado más o menos directo, que imprime carácter a la jurisdicción objetiva. No obstante, con la promulgación de la Constitución de 1978 se unifica la protección y se amplía con los términos aludidos.²⁵⁸ Esto trae como consecuencia que, en la actualidad, existe una garantía de un amplio acceso a la tutela judicial efectiva por parte de los Tribunales²⁵⁹ y con ello, un mayor margen de legitimación para impugnar las ilegalidades que cometa la Administración Pública contra los derechos e intereses legítimos de los particulares. Se configura -GIMENO SENDRA- (y refiriéndose al derecho de acceso a la vía jurisdiccional), como un derecho subjetivo público de naturaleza constitucional, y, como tal, se reconoce a "todas las personas" (art. 24.1 CE), por lo que no resulta posible, extender sólo a algunas de ellas, la "prohibición expresa" de su ejercicio, en una norma de rango de ley ordinaria, sin

²⁵⁷ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón, *Arbitrariedad y discrecionalidad*, op. cit., p. 122.

²⁵⁸ Véase la referencia que hace: ÁLVAREZ-GENDÍN Y BLANCO, Sabino, *Tratado General de Derecho Administrativo*, op. cit., pp. 163 y ss.

²⁵⁹ Véase lo dicho por SILGUERO ESTAGNAN, Joaquín, *La tutela jurisdiccional de los intereses colectivos a través de la legitimación de los grupos*, op. cit., p. 86, que en lo conducente expresa: "El derecho a la tutela judicial efectiva **puede ser definido** como el derecho fundamental que asiste a toda persona para obtener, como resultado de un proceso substanciado con todas las garantías previstas en el ordenamiento jurídico, la protección jurisdiccional de sus derechos e intereses legítimos. Se caracteriza por cumplir una *función de defensa*, en base a la heterocomposición del conflicto a través del poder del Estado, y por su marcado *carácter procesal*, ya que surge con la incoación, desarrollo y ulterior resolución de un proceso."

quebrantar, al mismo tiempo, el referido derecho de acceso y el principio de igualdad constitucional.²⁶⁰

Por tanto, la Constitución vino a variar los postulados mismos de la concepción de acceso que se tenía con la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956 aún vigente, ya que, en este último cuerpo de normas, se establece como requisito de accesibilidad y, por tanto de legitimación, el contar con un "interés directo", el cual ya hemos visto, es restrictivo de una garantía de pleno acceso al pronunciamiento judicial, variándolo por el de "interés legítimo", identificado como ya se enunciara, con cualquier ventaja o utilidad jurídica derivada de la reparación pretendida.²⁶¹

Bajo el cobijo de esta norma constitucional, el administrado que se sienta lesionado con la actividad o inactividad administrativa, puede accionar el aparato jurisdiccional a fin de una tutela real y efectiva. De allí que el artículo

²⁶⁰ **GIMENO SENDRA, Vicente** y otros, *Curso de Derecho Procesal Administrativo*, op. cit., p. 140.

²⁶¹ Señala **GIMENO SENDRA, Vicente** y otros, *Ibidem*, p. 178, refiriéndose a la Sentencia del Tribunal Constitucional 62/1983, que: "(...)el concepto de interés directo, particular, como requisito de la legitimación, queda englobado en el concepto más amplio de interés legítimo y personal, que puede o no ser directo." La Sentencia del Tribunal Constitucional 93/1990 ha reconocido también que el art. 28.1 a) LJCA ha de interpretarse con la mayor amplitud que resulta del interés legítimo al que alude el artículo 24.1 CE, esto es, "aquél que derive directa o indirectamente de una norma jurídica", pero que es indudable, asimismo, "que la inexistencia de un interés real y actual en la base de la pretensión impugnatoria no puede ser soslayado por el Tribunal que está sometido al imperio de la Ley (art. 117 CE) y al que corresponde de forma exclusiva y excluyente su apreciación, salvo que ésta, por ser arbitraria, irrazonable o excesivamente restrictiva, no responda a su finalidad y cierre indebidamente el pronunciamiento de fondo que, por resultar incompatible con la tutela judicial efectiva que garantiza la Constitución, puede revisar este Tribunal para restablecer, en su caso, al justiciable en el derecho fundamental que denuncia como vulnerado". Otras sentencias referidas: Sentencias del Tribunal Constitucional 126/1984, 4/1985, 24/1987, 257/1988, 97/1991. Cfr. **LEGUINA VILLA, Jesús**, "La reforma de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa: Planteamiento General", en: La reforma de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, Institut d'Estudis Autonòmics, Barcelona, 1995, p. 19.

28 de la vigente Ley de lo Contencioso- Administrativo²⁶² deba ser interpretado en los alcances y límites que impone la norma constitucional citada; debiendo entenderse, que existirá legitimación para interponer recurso contencioso administrativo, no quien tenga un "interés directo" en el asunto, sino un "interés legítimo" contemplativo del primero.²⁶³

Al respecto, precisa la jurisprudencia que:

"Al conceder el art. 24.1 de la Constitución el derecho a la tutela judicial a todas las personas que sean titulares de derechos e intereses legítimos, está imponiendo a los Jueces y Tribunales la obligación de interpretar con amplitud, las fórmulas que las leyes procesales utilicen en orden a la atribución de legitimación activa para acceder a los procesos judiciales y, entre ellas, la de interés directo que se contiene en el artículo 28.1 a) LJCA. La

²⁶² Dicta en lo conducente el artículo 28 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa vigente: *"Estarán legitimados para demandar la declaración de no ser conformes a Derecho, y en su caso, la anulación de los actos y disposiciones de la Administración:*

a) Los que tuvieren interés directo en ello."

²⁶³ En opinión de **GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo**, "Sobre los derechos públicos subjetivos", *op. cit.*, p. 437: "(...) en realidad también se yerra cuando se habla de un simple interés en la anulación como hace el art. 28.1 a) de la Ley, para definir el requisito de que se trata. La jurisprudencia ha concretado, con todo rigor técnico, que por interés ha de entenderse, precisamente, un perjuicio que el acto cause o un beneficio que de su eliminación resulte al recurrente (Sentencias de 23 de febrero y 12 de noviembre de 1965, 19 de diciembre de 1968, 26 de abril y 7 y 9 de mayo de 1973, entre otras muchas)(...) La observación dista de ser una sutileza, pues ella nos permite recomponer la actitud del recurrente (...) no como una simple inclinación, que es lo que la mención del interés parece aludir, sino como *una defensa frente a un perjuicio que le causa el acto* de la Administración, perjuicio que él estima injusto porque causado al margen de la legalidad que pauta la actuación legítima de la Administración(...) Así se revela que lo que mueve al recurrente no es un abstracto interés por la legalidad, sino el concretísimo de estimar que la Administración le está perjudicando(...) el obrar fuera de la legalidad y que, por tanto, ese perjuicio debe ser eliminado mediante la eliminación del acto ilegal que le causa. Aquí se conectan, pues, de este modo, interés subjetivo y legalidad objetiva." Agregamos nosotros a esta teoría, que la referencia a las actuaciones ilegales de la Administración, deben estar hechas no sólo a los actos administrativos, clásicamente considerados, sino a toda forma de actuación administrativa ilegal, incluyendo nuestro objeto de estudio que es la inactividad material.

*legitimación ad causam otorgada por el artículo 28.1 a) LJCA a los que "tuvieren interés directo en ello" ha de interpretarse con la mayor amplitud que resulta del interés legítimo a que alude el artículo 24.1 de la Constitución.*²⁶⁴

Y es que, más que ver a la legitimación como un simple requisito procesal, como hemos indicado, a fin de la accesibilidad al proceso contencioso administrativo, o una exigencia de simple "seriedad" en el planteamiento del litigio -GARCÍA DE ENTERRÍA-, por el contrario, es la base misma de ese derecho subjetivo, que pretende justamente la eliminación del perjuicio que le está causando al particular la inacción injustificada de la Administración Pública, demostración que debe hacerse sobre la justificación de la ilegalidad del ataque administrativo.²⁶⁵

En este orden de ideas, resulta de destacar la postura del profesor GONZÁLEZ PÉREZ, para quien la exigencia de un interés sobra, por cuanto el juez, al examinar si efectivamente la pretensión es o no conforme a Derecho, exige algo más y por mucha razón que tenga, por evidente que sea la

²⁶⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional 93/1990 de 23 de mayo, citada por **ESCUSOL BARRA, Eladio y RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ, Jorge**, *Derecho Procesal Administrativo*, op. cit. p. 331. Asimismo y en este sentido, reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo es clara en señalar la importancia para el proceso en la búsqueda del interés del sujeto: "Partiendo de que la respuesta al problema de la legitimación debe ser casuística de modo que no es aconsejable ni una afirmación ni una negación indiferenciadas para todos los casos, la Sala entiende que la existencia de la legitimación viene ligada a la de un interés legítimo de la parte, a cuya satisfacción sirva el proceso, lo que de partida sitúa el análisis en la búsqueda de ése interés, cuya alegación y prueba, cuando es cuestionado, es carga que incumple a la parte que se lo arroga." Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de junio de 1997. Rec. Nº 275/1995. Sala 3º, Sección 7º. Fundamento Jurídico primero. Ponente: **Manuel Goded Miranda** (Arz. 5083). También véase STS de 6 de junio de 1997. Rec. Nº 428/1995. Sala 3º, Sección 7º. Fundamento Jurídico segundo.

²⁶⁵ Véase **GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo**, "Sobre los derechos públicos subjetivos", op. cit., p. 441.

conformidad de la pretensión con el ordenamiento, el juez sólo podrá pronunciarse sobre la pretensión, si existe una determinada relación entre la parte y lo pretendido, por lo que siendo ésta la legitimación requerida, sin interés no hay acción, independientemente de que se le denomine como "legítimo".²⁶⁶ Por su parte, en posición de ALMAGRO NOSETE, la legitimación es un "a priori", en cuanto al fondo del asunto y tiene que ver con éste, en cuanto determina la posibilidad jurídica del pronunciamiento sobre el mérito.²⁶⁷

Entonces, lo importante a la luz del principio constitucional de una efectiva tutela jurisdiccional, radica en la consideración de que existirá "legitimación", cuando la pretensión del sujeto ante la vía jurisdiccional, se deba a una ilegalidad administrativa por la no actuación de un deber jurídicamente señalado y que ésta reporte para el recurrente, como expresa GONZÁLEZ PÉREZ, "utilidad", "ganancia", "provecho", "comodidad", o, dicho de otro modo, que le evitaría un perjuicio, una incomodidad.²⁶⁸

²⁶⁶ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, "Las partes en el proceso administrativo", *op. cit.*, p. 50. Pareciera que lo apuntado por NIETO GARCÍA, Alejandro en: "La inactividad material de la Administración: veinticinco años después", *op. cit.*, p. 14, va en la misma dirección de resaltar que la legitimación no ha sido obstáculo para impugnar la inactividad material administrativa. A la letra dice: "La legitimación para recurrir (señalando los problemas que generan los supuestos en que la Administración incumple su obligación de dictar un acto), que **no suele constituir un obstáculo serio**, dado que siempre media un titular de derechos o, al menos, un interesado en la producción del acto omitido." (El entreparéntesis y el destacado no pertenece al original). En el mismo sentido, podemos concordar en que la legitimación "(...) es la aptitud personal para ser parte en el proceso en orden a la pretensión contencioso-administrativa.", VIVANCOS, Eduardo, *Las causas de inadmisibilidad del Recurso Contencioso-Administrativo*, Edit. Bosch, Barcelona, 1963, p. 177.

²⁶⁷ ALMAGRO NOSETE, José, "Legitimación y amparo constitucional", *op. cit.*, p. 626.

²⁶⁸ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, "Las partes en el proceso administrativo", *op. cit.*, p. 50. Del mismo autor, Cfr.: *La reforma de la legislación procesal administrativa*, *op. cit.*, pp. 41 y ss., destacando lo que al respecto señala la Sentencia de 14 de julio de 1988, Arz. 5.627: "la expresión interés directo debe ser interpretada en el sentido de que para que el mismo exista basta con que el éxito de la acción represente para el recurrente un beneficio material o jurídico, o, por el contrario, que el mantenimiento de la situación creada o que pudiera crear el acto combatido le originaría un perjuicio, *incluso aunque tales beneficios o perjuicios se produzcan por vía indirecta o refleja*."

En conclusión, y tratándose de la materia que nos ocupa, es decir de la inactividad material de la Administración, en la que requerimos de la "acción" administrativa al deber legal de actuación, podríamos señalar que, la legitimación es una cuestión de fondo del asunto litigioso, ya que, como resume GIMENO SENDRA, entraña una atribución concreta y cierta de derechos o intereses a las partes procesales, por producir la resolución que sobre ella se pronuncia la totalidad de los efectos de la cosa juzgada material, su tratamiento preliminar, o ad limine, podría conllevar el peligro de que el Juez o Tribunal, al decidir si las partes se encuentran o no legitimadas, prejuzgara sobre el objeto procesal, sin tener todavía los elementos probatorios necesarios para asegurar el acierto de su decisión.²⁶⁹

III. SITUACIÓN QUE PLANTEA LA LEY DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA VIGENTE Y EL ANTEPROYECTO DE LEY DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA DE 1998.

Tal y como se expusiera anteriormente, el artículo 28 de la vigente Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, parte de la distinción entre la legitimación para pedir la simple anulación de un acto o disposición administrativa (legitimación que se deriva de aquellos que tuvieron "interés directo" en ello), y la legitimación para obtener el reconocimiento de una

²⁶⁹ GIMENO SENDRA, Vicente y otros, *Derecho Procesal Administrativo*, op. cit., p. 172. Posición similar comparten GIMENO, V., SABORÍO, R., GARBERÍ, J. y GONZÁLEZ-CUÉLLAR, N., *Derecho Procesal Administrativo Costarricense*, op. cit., p. 168, en cuanto afirman que la legitimación no debe ser considerada como un presupuesto de admisibilidad de la acción contencioso-administrativa.

situación jurídica individualizada y el restablecimiento de la misma, en cuyo caso, nos dice el profesor GARRIDO FALLA, estaría legitimado el titular de un derecho derivado del ordenamiento que se considere infringido por el acto o disposición impugnados.²⁷⁰

Ciertamente, el premencionado artículo 28, es restrictivo en la utilización del término "directo" tal y como hemos señalado anteriormente, sin embargo, y a pesar de ello, la jurisprudencia, desde la promulgación de la Constitución de 1978, ha sido vehemente en su utilización y ha actuado en concordancia con los alcances que demanda el artículo 24 Constitucional de una tutela judicial efectiva, abriendo de esta forma, el ámbito de la legitimación.

Quizá, por esta situación y como unificación del texto constitucional, el último proyecto de Ley Contencioso-Administrativa presentado, de fecha 8 de abril de 1998 (sin detrimento de similares posturas que se localicen en proyectos anteriores), viene a plasmar en la norma, sobre el tema de la legitimación, el término de "interés legítimo", con los alcances y limitaciones que esta terminología debe contener, que ya hemos dejado debidamente clarificadas.

En concordancia con lo anterior y a efectos de una mayor claridad en la exposición, dicta el artículo 19.1 a) del precitado proyecto:

²⁷⁰ **GARRIDO FALLA, Fernando**, "El objeto del recurso contencioso-administrativo: actos impugnables y pretensiones", *op. cit.*, p. 102.

"1. Están legitimados ante el orden contencioso-administrativo:

a) Las personas físicas o jurídicas que ostenten un derecho o interés legítimo." (El destacado es nuestro)

Cuando de la exigencia de "interés directo" se trata (contemplado en la ley actual) y que no ha venido a traer solución al tema de la inactividad material administrativa, señala NIETO GARCÍA que: "el Tribunal exige la presencia de un interés directo, que no aprecia cuando el recurrente pretende que se controlen las *actuaciones* administrativas (no los actos en sentido estricto). Por esta razón se niega la legitimación de los denunciantes para interponer recurso tanto contra la pasividad administrativa como contra la desatención expresa. Lo cual significa que la participación del denunciante se agota en el acto mismo de la denuncia. A partir de ella carece de interés (en sentido técnico jurídico) y no puede, por tanto, solicitar de los Tribunales que controlen lo que haya hecho o no haya hecho la Administración. En otras palabras: el ciudadano está inerte frente a la inactividad, incluso ilegal, de la Administración, puesto que no puede ir más allá de la denuncia. Los Tribunales, al negarle la legitimación procesal, le cierran el acceso a la jurisdicción por medio de un mero convencionalismo técnico."²⁷¹

²⁷¹ NIETO GARCÍA, Alejandro, "La inactividad material de la Administración: veinticinco años después", *op. cit.*, p. 38.

Como vemos, el planteamiento actual elimina expresamente, lo de "interés directo", (situación que reiteramos, en virtud del tratamiento que hasta hoy le han dado los Tribunales no ha sido obstáculo para unificar la accesibilidad que demanda el artículo 24.1 Constitucional),²⁷² y mediante dicha eliminación, estaría legitimado quien con la inactividad de la Administración se le causara un perjuicio,²⁷³ lo cual no quiere decir, que soluciona todos los problemas de eficacia ante las omisiones administrativas, sólo desencadena una posibilidad de accesibilidad al sistema, que, no contando con los instrumentos jurídicos necesarios para la debida resolución de esta problemática (contemplativa de un recurso contencioso-administrativo específico contra la inactividad material de la Administración Pública), igual

²⁷² **NIETO GARCÍA, Alejandro**, *Ibidem*, p. 36, señala esta situación de la siguiente forma: "Pero la inmovilidad del legislador no arrastra consigo la correlativa inercia de la jurisprudencia, y ya hemos visto cómo el Tribunal Supremo ha llegado a reducir las barreras de la legitimación hasta extremos no previstos en la Ley. Porque no nos engañemos: los Tribunales no son la boca de la Ley." Por otra parte, señala **GONZÁLEZ RIVAS, Juan José**, "Reforma de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa", *op. cit.*, p. 161, refiriéndose a las causas de inadmisibilidad de las pretensiones de los administrados, que estas deben de interpretarse en sentido restrictivo después de la aprobación del texto constitucional.

²⁷³ En este sentido, nos remitimos a lo expuesto en el **dictamen del Consejo de Estado al anteproyecto de Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 1995** con fecha 15 de junio de 1995, p. 32, al decir que: "Se suprime el requisito restrictivo -en relación al artículo 24 de la Constitución- del artículo 28.1 a) LJ del interés «directo», estableciendo ahora este artículo en su apartado 1.a) la legitimación de «quienes ostenten un derecho o interés legítimo», de acuerdo con la línea interpretativa iniciada por la STC 60/1982. Se corrige la omisión anterior del supuesto por excelencia de legitimación -la titularidad de un derecho-. Por otra parte, al optar, como lo hizo la Ley 30/1992, por suprimir la calificación del interés como «directo», el anteproyecto revela una encomiable sensibilidad ante el fácil -y excesivo- convencionalismo de la distinción entre interés directo e indirecto (cuya virtualidad ha consistido tradicionalmente en el empleo dialéctico de estas categorías para negar legitimación a quienes realmente la ostentaban)." También el **Consejo General del Poder Judicial** p. 58, destaca en su informe la situación con el siguiente argumento: "El «interés directo» que según la LJCA legitima para interponer el recurso contencioso-administrativo ha resultado de difícil interpretación casuística, y especialmente en las primeras épocas, mediante su calificación de personal e inmediato, ha supuesto un obstáculo al reconocimiento de intereses de naturaleza refleja o colectiva. Y, si bien, con posterioridad, dicho interés directo ha sido concebido por la jurisprudencia en términos de gran amplitud, reconociéndole en todo aquel que pueda obtener algún beneficio, cualquiera que sea su naturaleza, de una sentencia favorable, la consagración de la tutela judicial efectiva, en los términos que reconoce el art. 24.1 CE, incluye el mero "interés legítimo" a que se refiere el art. 18.1 a) del Anteproyecto para apreciar la legitimación

dará a un particular que se encuentre legitimado para accionar contra la inactividad material, si el resultado será siempre la inactividad.

Con esta situación, el anteproyecto viene a consolidar el actual estado jurisprudencial de la cuestión, que prescinde de la distinción entre interés "directo" e "indirecto", como ya lo hizo en su momento, la Ley 30/1992.²⁷⁴ Corroborando lo anterior, podemos hacer una sucinta conexión y relación de esta normativa con el artículo 31 del proyecto de LJCA,²⁷⁵ en referencia a las pretensiones de las partes (que sería, en analogía el artículo 42 de la LJCA actual); el cual, como señala recientemente GONZÁLEZ CANO, al no distinguir el artículo 19.1,a) del anteproyecto, los diferentes tipos de legitimación, tampoco exige una diferente para cada clase de pretensión, suprimiéndose en el artículo 31.2 del citado anteproyecto, el primer inciso del actual artículo 42 LJCA,²⁷⁶ en cuanto a que estará legitimada la parte demandante conforme a lo dispuesto al párrafo segundo del artículo 28 (actual),²⁷⁷ no condicionando entonces, las pretensiones relativas a situaciones jurídicas individualizadas, a

activa." Véase **GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús**, *La reforma de la legislación procesal administrativa*, op. cit., p. 42-43.

²⁷⁴ Cfr. **CONSEJO DE ESTADO**, Memoria del año 1995, Madrid, 1996.

²⁷⁵ "Artículo 31: 1. El demandante podrá pretender la declaración de no ser conformes a Derecho y, en su caso, la anulación de los actos y disposiciones susceptibles de impugnación según el capítulo precedente. 2. También podrá pretender el reconocimiento de una situación jurídica individualizada y la adopción de las medidas adecuadas para el pleno restablecimiento de la misma, entre ellas la indemnización de los daños y perjuicios, cuando proceda."

²⁷⁶ "Artículo 42. La parte demandante legitimada conforme a lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 28 podrá pretender, además de lo previsto en el artículo anterior, el reconocimiento de una situación jurídica individualizada y la adopción de las medidas adecuadas para el pleno restablecimiento de la misma, entre ellas la indemnización de los daños y perjuicios, cuando proceda."

²⁷⁷ "Artículo 28. 2. Si se pretendiere, además, el reconocimiento de una situación jurídica individualizada y el restablecimiento de la misma, únicamente estará legitimado el titular de un derecho derivado del ordenamiento que se considere infringido por el acto o disposición impugnados."

los casos en los que el proceso se inicie, basándose en la titularidad de derechos subjetivos.

A pesar de lo anterior, al proseguir en el análisis de esta temática en el proyecto y llegar a la contemplación expresa que se hace de la figura de la *inactividad material*, como forma de ilegalidad y posibilidad de impugnación jurisdiccional, encontramos una clara, evidente y manifiesta incongruencia y obstaculización al acceso del administrado a la jurisdicción contencioso-administrativa, y por tanto, la existencia de incongruencia también con los principios que demanda la propia Constitución, ya que en el artículo 29 del proyecto, mediante el cual se dicta, que cabrá recurso contencioso administrativo cuando la Administración esté obligada a realizar una prestación concreta, en virtud de una norma legal o reglamentaria que no precise de actos de aplicación o en virtud de un acto, contrato o convenio administrativo, es clara en especificar que deberá serlo en favor de una o varias personas determinadas, especificando además que deben tener "derecho" a ella, a fin de poder reclamar de la Administración el cumplimiento de dicha obligación.

De aquí se desprende que, para poder tener acceso a la vía jurisdiccional, el administrado, primero debe tener "derecho" a la prestación omitida y segundo, esa prestación debe ser concreta y en favor de persona o personas determinadas. Esto restringe la posibilidad de acceso a la demanda de cumplimiento, cuando de inactividad material se trate, y ya lo señala GÓMEZ PUENTE atinadamente, en el análisis que hace en su completa obra,

sobre esta situación específica, al decir que, este precepto (el de que la omisión de actividad administrativa deba referirse a "una prestación concreta en favor de una o varias personas determinadas") restringe implícitamente la legitimación para recurrir, de modo que no bastaría un simple interés legítimo, individual o colectivo, para interponer el recurso contencioso-administrativo, sino que deberá concurrir un interés directo y no un simple interés legítimo a la prestación omitida. De este modo, el proceso de objetivación del acceso a la jurisdicción y de la ampliación o plenitud de este control en el que se enmarca la relajación de las reglas de legitimación, se ve reducido o mermado por las reglas relativas al objeto material del proceso (al objeto de impugnación).²⁷⁸

Ya el particular no tendrá legitimación para impugnar aquellas situaciones que no se refieran a prestaciones concretas en favor de una o varias personas determinadas, ocasionando con ello una lastimosa pérdida de acción en el campo de la legitimación y en la concepción misma de la noción de "interés legítimo" tantas veces mencionado.

²⁷⁸ **GÓMEZ PUENTE, Marcos**, *La inactividad de la Administración*, op. cit., p. 206. En este sentido puede verse la posición doctrinal que sostiene **GONZÁLEZ CANO, María Isabel**, *La protección de los intereses legítimos en el proceso administrativo*, op. cit., p. 85, la cual señala, que el hecho de que ni el texto constitucional ni la posterior jurisprudencia del Tribunal Constitucional ni del Tribunal Supremo exijan que el interés legítimo sea personal en cuanto referido a un sujeto determinado, no significa que el interés no deba ser individualizable. Sin embargo, agregamos que el «interés legítimo» no puede dejar por fuera los intereses de la colectividad y por tanto también se da protección a estos últimos, el hecho de que no se individualicen no quiere decir que queden sin protección y tutela jurisdiccional, cumpliendo claro está los requisitos mínimos de manifestación, para ser valorados por el ordenamiento. Así, ya ha quedado clarificado en el análisis hecho, que el «interés legítimo» debe considerarse como el interés que les asiste a las personas que por razón de la situación objetiva en que se encuentran, por una circunstancia de carácter personal o por ser las destinatarias de una regulación sectorial, son titulares de un interés propio, distinto del de cualquier ciudadano en que los poderes públicos actúen de acuerdo con el ordenamiento jurídico, aun cuando la actuación de que se trata no les ocasione, en concreto, un beneficio o servicio inmediato (véase **Informe General del Poder Judicial**, op. cit., p. 59).

Desde la perspectiva de esta norma y de la legitimación que se plantea, resulta claro que se produce un "nudo gordiano" en cuanto, por una parte, se crea una ampliación de la posibilidad de impugnación y por otro se cierra a situaciones muy específicas y determinadas, lo cual en ciertos casos (y posiblemente la mayoría) negamos tutela a quien tenga derecho a ella. Lo anterior, por cuanto el interés del particular o administrado que quiera señalar jurisdiccionalmente la ilegalidad que cometa la Administración con su inacción, deberá hacerlo basado en un "interés directo" (con los alcances y límites que este tipo de interés tiene y que hemos analizado supra).

1. La legitimación y la noción de lesión jurídica.

A nuestro criterio y siendo congruentes con una tutela jurisdiccional amplia y constitucional, la acción obligacional o posibilidad de poder impugnar una figura tan nueva como necesaria, como la inactividad material de la Administración Pública, deberá estar impulsada y sostenida por aquel particular, sujeto o administrado, que se sienta lesionado en sus derechos por la no concesión del acto que se requiera para llegar a la materialización de un deber administrativo, teniendo presente como parámetro para la interposición, que la pretensión se base en una obligación del ordenamiento jurídico y que exista, en términos amplios, un "interés legítimo"²⁷⁹ o un "derecho subjetivo".

²⁷⁹ Resaltando de las definiciones sobre Interés Legítimo que hemos aportado anteriormente en la presente investigación, la que nos brinda **BREWER CARIAS, Allan**, "Consideraciones sobre el Contencioso-Administrativo como derecho constitucional a la tutela judicial frente a la Administración", en: Libro Homenaje al profesor Eduardo Ortiz Ortiz, Compilador: **Juan**

En este orden, cabe indicar -GONZÁLEZ-VARAS-²⁸⁰ que en el ordenamiento jurídico alemán, vanguardista en esta materia (del cual tomamos los elementos de la categorización normativa que contempla el contencioso contra la inactividad administrativa como una forma de ilegalidad, así como la demanda de una actividad obligacional como resultado de la acción), el elemento determinante de la legitimación del particular, debe radicar en hacer valer un derecho y se actúa sobre la comprobación de si el demandante hace valer un derecho subjetivo o un interés jurídicamente relevante, al ser éste el centro del sistema contencioso-administrativo y lo que da origen al proceso y la

Carlos Castro Loría, Colegio Santo Tomás de Aquino U.A.C.A., 1ª edición, San José, 1994, p. 546, al decir que, el interés legítimo es: "el que corresponde al mencionado sujeto derivado sea de un título jurídico que implique el derecho a una tutela legal, sea de "una particular situación de hecho frente al acto administrativo en forma que el mismo recaiga sobre su esfera, afectándola en materia determinante". Por otra parte, valga reseñar un concepto de interés legítimo que recoge en buena parte las impresiones dadas sobre el mismo, aún y cuando esté referido a los actos administrativos como forma de ilegalidad (y ya hemos indicado que la inactividad material es una forma de ilegalidad y lesiva de la esfera jurídica de derechos e intereses legítimos del particular): "Se insiste en la necesidad de tener un interés directo o legitimador, no bastando una relación inmediata con las repercusiones del acto administrativo, sino que además dicho interés sea legítimo y protegible por el ordenamiento jurídico y que la posible ilegalidad del acto administrativo pueda representar un perjuicio positivo y cierto para el recurrente (en este sentido la sentencia de 14-7-88 recoge la doctrina jurisprudencial del TS según la cual, la expresión «interés directo» empleada en el artículo 28 de la LJCA «debe ser interpretada en el sentido de que para que el mismo exista, basta con que el éxito de la acción represente para el recurrente un beneficio material o jurídico por el contrario, que el mantenimiento de la situación creada o que pudiera crear el acto combatido, le originara un perjuicio, incluso aunque tales beneficios o perjuicios se produzcan por vía indirecta refleja, pero en cualquier caso se requiera que dicho interés ha de ser personal, de tal modo que carece de legitimación quien sólo se limita a actuar en defensa de la legalidad, pues entenderla de otro modo supondría engendrar una acción popular o pública que, como es bien sabido, solamente es admitida con carácter excepcional por nuestro ordenamiento jurídico) por lo que no cabe plantear el recurso contra agravios potenciales futuros, ya que la finalidad de éste es remediar los daños que se hubieran producido mediante actos concretos de la Administración y su planteamiento no puede basarse en el presentimiento o temor de que una futura actuación administrativa pueda producirse por derroteros que no sean los suficientemente correctos para los intereses profesionales de los recurrentes.»" **LÓPEZ-FONT MÁRQUEZ, José Francisco**, *Aspectos Procesales de la Tutela Jurisdiccional Contencioso-Administrativa de los Derechos Fundamentales*, Edit. Comares, Madrid, 1993, p. 51.

²⁸⁰ **GONZÁLEZ-VARAS IBAÑEZ, Santiago**, *La jurisdicción contencioso-administrativa*, op. cit., p. 124.

actividad judicial. Sin embargo para el Derecho Español, tiende a la subjetivación del proceso, en el cual la importancia estará dada en la existencia o no de una lesión jurídico-subjetiva.

Esta lesión, en opinión de GONZÁLEZ-VARAS,²⁸¹ deberá ser apreciada al momento de la estimación de la demanda y no en el de su admisibilidad, pues, si sólo se hace así, y no en el momento de la estimación, entonces el interés subjetivo se convierte en un mero instante procesal en el que basarse para seleccionar el ámbito de los posibles legitimados; pese a lo que pudiera parecer a primera vista, si el Tribunal únicamente se centra en el interés subjetivo del demandante en la admisibilidad, y no posteriormente, esta concepción sólo se entiende en una construcción procesal por la cual el interés principal del proceso está en verificar la legalidad objetiva de la actuación administrativa, sin comprenderse por qué entonces se exige hacer valer un simple interés para poder encauzar un proceso, a no ser que sea para limitar la entrada a la jurisdicción contencioso-administrativa; así pues, los sistemas, como el español, por los cuales se exige una lesión jurídica sólo para poder acceder a la jurisdicción, lejos de su intención de afirmar generosamente el acceso a la jurisdicción, lo que hacen es limitarla en el grado en el cual exigen ese interés.

Y el problema que podríamos localizar aquí, es el de la prueba de la lesión en el sujeto que alegue el "no querer" actuar administrativo; sin embargo

²⁸¹ GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago, *Ibidem*, p. 124.

siendo este tema de tratamiento aparte, baste decir que, contando con el derecho que le brinde la misma norma legal o reglamentaria (tal y como señala expresamente el artículo 28 del proyecto precitado) y la evidente inacción administrativa y no despliegue de los efectos de la norma, el particular tiene fundamentación para argumentar la lesión que le está produciendo la Administración Pública en la esfera de sus derechos e intereses legítimos y, con ello, dar paso a la valoración jurisdiccional pertinente.

En definitiva y como indica ALMAGRO NOSETE, "la lesión de un derecho o de un interés es un problema de prueba; con razón establece una sentencia (...) que la cuestión de si hay o no lesión de derechos o intereses exige un estudio de fondo que no puede realizarse por mera vía de inadmisibilidad. La legitimación, en cambio, tanto se base en la invocación de un derecho como de un interés, es una "quaestio iuris"; ocurre que así como la legitimación basada en un derecho ofrece unas perspectivas más tasadas de interpretación, por la mayor cristalización de la categoría jurídica, de manera que el contenido de la relación jurídica correspondiente suele estar predeterminado; la legitimación, basada en la invocación de un interés, dado el carácter fluido de éstos y su multiformidad, requiere en muchas ocasiones, de un esfuerzo jurisprudencial, caso por caso, para determinar la posibilidad jurídica del pronunciamiento. En caso de duda sobre la legitimación, ésta, no debe ser obstáculo para entrar en el fondo."²⁸²

²⁸² ALMAGRO NOSETE, José, "Legitimación y amparo constitucional", *op. cit.*, p. 627.

Por tanto, el presupuesto de la legitimación, tratándose de acciones por inactividad, debe verse y concebirse de una manera amplia, sin obviar la verdadera existencia de un interés real,²⁸³ reduciendo las causas de inadmisibilidad de acciones por falta de legitimación activa; ello se logra mediante la amplia concepción de los "derechos legítimos" y la de los "intereses legítimos" que intervienen.

En este sentido, estimamos importante, transcribir en lo conducente, una jurisprudencia del Tribunal Supremo que resume de forma clara la conceptualización aquí esbozada:

"Aceptando que el más restringido concepto de "interés directo" del artículo 28 de la citada Ley Jurisdiccional debe ser sustituido, y así lo ha sido por una jurisprudencia constante, por el más amplio de "interés legítimo", lo que sigue siendo una exigencia indeclinable es la existencia de un "interés" como base de la legitimación. Como decíamos en nuestra Sentencia de 15 de diciembre 1993 (RJ 1993, 9517), aludiendo a la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la ampliación del interés tutelable, en

²⁸³ Señala una reciente jurisprudencia: Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de junio de 1997. Rec. N° 686/1994. Sala 3°, Sección 7° (Arz. 5268). Fundamento Jurídico tercero. Ponente: señor **Manuel Goded Miranda**, que: "La amplitud con la que la Jurisprudencia viene interpretando el art. 28.1, a) de nuestra Ley Jurisdiccional, por exigencias del art. 28.1 C.E. y la sustitución del concepto de interés directo por el de interés legítimo, **no llega hasta el extremo de que no se condicione en todo caso la legitimación a la existencia de un interés real.** Por decirlo con palabras del T.C. (STC 143/1987 [RTC 1987, 143], F 3°) el interés legítimo, al que se refiere el artículo 24.1 (en el que debe disolverse el concepto más restrictivo del art. 28.1, a) LJCA [RCL 1956, 1890 y NDL 18435]), "equivale a titularidad potencial de una posición de ventaja o de una utilidad jurídica por parte de quien ejercita la pretensión y que se materializaría de prosperar ésta" (SSTC 60/1982 [RTC 1982, 60], 62/1983 [RTC 1983, 62], 257/1988 [RTC 1988, 257] y 97/1991 [RTC 1991, 97] entre otras). (El destacado no pertenece al original).

cuanto presupuesto de la legitimación, el mismo Tribunal Constitucional ha precisado que la expresión "interés legítimo", utilizada en el artículo 24.1 de la Norma Fundamental, aun cuando sea un concepto diferente y más amplio que el de "interés directo", ha de entenderse referida a un interés en sentido propio, cualificado o específico (cfr. Sentencia del Tribunal Constitucional 257/1989, de 22 de diciembre [RTC 1989, 257]), lo que en el ámbito de esta Sala del Tribunal Supremo ha llevado a insistir que la relación unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión (acto impugnado), con la que se define la legitimación activa, comporta el que su anulación produzca de modo inmediato un efecto positivo (beneficio) o negativo (perjuicio) actual o futuro, pero cierto (Sentencia de este Tribunal Supremo de 1 de octubre 1990 [RJ 1990, 1454]), y presupone, por tanto, que la resolución administrativa pueda repercutir, directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la correspondiente esfera jurídica de quien alega su legitimación (Sentencia de este Tribunal Supremo de 4 de febrero 1991 [RJ 1991, 1241]). En la misma línea pueden citarse las Sentencias de 17 de marzo y 30 de junio 1995 (RJ 1995, 2387 y 5111) y 12 febrero 1996 (RJ 1996, 1567), entre otras muchas.²⁸⁴

²⁸⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de junio de 1997. Rec. N° 1230/1991. Sala 3°, Sección 7° (Arz. 5088). Ponente: señor **Manuel Goded Miranda**. Fundamento jurídico 7.

2. La legitimación y los intereses colectivos.

La interpretación, que se debe de efectuar al texto jurisdiccional propuesto, lo debe ser *numerus apertus*, en el tanto, de concebir la legitimación para formular una pretensión frente a la Administración, no reducida únicamente a aquellos que tuvieran derecho a una prestación concreta, sino, y en este sentido, la consideración debe de ir más allá y tomando como criterio de valoración, el hecho de que la Administración deviene en obligada por el Ordenamiento Jurídico; en esa misma medida, deberán estar legitimados quienes se sientan perjudicados con la inactividad material en que incurra el órgano administrativo; ello quiere decir que, no sólo los derechos e intereses individualizados son aptos para pedir tutela judicial de fondo. Como apunta ALMAGRO NOSETE, la característica de estos intereses, es que no se refieren a un sujeto en particular, sino a todos en general. La determinación, por tanto, del portador del interés no puede individualizarse por propia definición.²⁸⁵

²⁸⁵ **ALMAGRO NOSETE, José**, "Legitimación y amparo constitucional", *op. cit.*, p. 628. Véase además a **NIETO GARCÍA, Alejandro**, "La vocación del Derecho Administrativo en nuestro tiempo", *op. cit.*, p. 26, quien ya apuntaba en 1975 -siendo visionario de la necesidad de nuevas regulaciones-, ante la consideración de que sólo eran tenidos en cuenta los intereses colectivos cuando se cristalizaban en un derecho (o interés legítimo) individual, de que la defensa procesal del interés colectivo debía ser garantizada, "incluso aunque no se cristalicen y aparezcan como derechos individuales, ya que por su naturaleza (...) son muy difíciles de defender individualmente (...) En este sentido, tarea es del Derecho administrativo moderno arbitrar cauces jurídicos adecuados para su defensa (...) Las acciones populares y subrogatorias, la ampliación del asociacionismo comunitario, el levantamiento de las restricciones de la legitimación, la inversión del principio jurisdiccional en defensa no sólo de los derechos subjetivos e interese legítimos, sino de todos los intereses -individuales y colectivos- y de la legalidad objetiva, el propio concepto del Derecho subjetivo, de relación jurídica y de acto administrativo, nuevos controles de la Administración, la participación de los ciudadanos en la acción administrativa, la revisión del procedimiento administrativo y del sistema jurisdiccional, la rectificación de los sistemas presupuestario y fiscal, la ejecución de las sentencias y actos administrativos, el aparato burocrático, el *ombudsman* y hasta la misma naturaleza del Estado, de las Corporaciones locales y de la llamada Administración institucional y de los sindicatos,

Una interpretación de restricción, conduciría a una contraposición con la doctrina del Tribunal Constitucional que ya hemos mencionado, la cual había estimado derogadas las normas preconstitucionales que así lo habían establecido; es por ello, que la tendencia se encuentra radicada en una apertura de la legitimación, en virtud ya no de la admisibilidad a la acción, sino al fundamento mismo de su pretensión procesal insatisfecha con la inactividad administrativa, sean quienes sean los sujetos a que está dirigida.

El citado doctrinista ALMAGRO NOSETE, y planteando un régimen específico de relaciones procesales, señala tres tipos de soluciones, dos extremas y una intermedia. La primera consiste en atribuir a cada portador del interés (en la alícuota que le corresponde), legitimación para actuar ante los órganos jurisdiccionales; en otras palabras, el interés de todos en cuanto indivisible. Como quiera que estos intereses generales -señala el precitado autor²⁸⁶-, afectan en mayor o menor grado a círculos comunitarios, más extensos o menos extensos, mas intensos o menos intensos, según los casos, cabe que se legitime a todos los sujetos (acción popular) o sólo al grupo más afectado (acción vecinal)²⁸⁷. El Derecho Procesal Administrativo reconoce en determinados supuestos este tipo de legitimaciones. Así, establece la acción

etc., son campos que merecen una mayor atención de los juristas, quienes no pueden marginarlos al amparo de falsos escrúpulos de rigor metodológico. Resumiendo: la vocación del Derecho administrativo moderno consiste en asegurar la realización de los intereses colectivos, sin ceder por ello un paso en la defensa hasta ahora montada de los intereses individuales." Ver también Sentencia del Tribunal Constitucional, RTC 1983/62 de 11 de julio de 1983, Sala Primera, exponente: **Rafael Gómez-Ferrer Morant**, fundamento jurídico 2.

²⁸⁶ **ALMAGRO NOSETE, José**, "Legitimación y amparo constitucional", *op. cit.*, p. 628.

²⁸⁷ Llamada "legitimación por categoría", por **CORDÓN MORENO, Faustino**, *La legitimación en el proceso contencioso-administrativo*, *op. cit.*

popular en materia urbanística o la acción vecinal en determinadas cuestiones de régimen local.²⁸⁸

En realidad, no puede afirmarse que en esta clase de legitimaciones, se produzca una total desvinculación de la situación de derecho material considerada para reconocer aquéllas. Y en esto coincidimos plenamente con lo dicho, porque ocurre, no obstante, que la razón legitimadora está tan embebida en la cualidad con que comparece el sujeto que, a efectos prácticos, puede pasar desapercibida su relación con el objeto. La acción popular muestra su aptitud para la impugnación de disposiciones u ordenanzas de carácter general.²⁸⁹

Es el mismo anteproyecto quien, en su artículo 19.1, h), viene a resaltar la posibilidad del ejercicio de la acción popular y establece la posibilidad de que cualquier ciudadano, en ejercicio de la acción popular en los casos expresamente previstos por las leyes, pueda exigir el control de la legalidad administrativa, lo que equivale también a que por medio de esta figura, se pueda combatir la inactividad material de la Administración Pública. Siguiendo a GÓMEZ PUENTE, diríamos que, en cualquier caso, la acción administrativa, donde más claramente se observa la acción tuitiva de los poderes públicos

²⁸⁸ Un detallado análisis de estas figuras y sus implicaciones en concordancia con la legitimación, es efectuado por **JIMÉNEZ MEZA, Manrique**, *La legitimación administrativa para la defensa de los intereses legítimos y los derechos subjetivos*, op. cit., pp. 288-325. Cfr. **GIMENO SENDRA, V., SABORIO VALVERDE, R., GARBERÍ LLOBREGAT, J., y GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N.**, *Derecho Procesal Administrativo Costarricense*, op. cit., pp. 193 y ss.

²⁸⁹ Cfr. **GONZÁLEZ CANO, María Isabel**, *La protección de los intereses legítimos en el proceso administrativo*, op. cit., pp. 149-183. **GIMENO SENDRA, Vicente** y otros, *Curso de Derecho Procesal Administrativo*, op. cit., p. 138.

sobre la sociedad globalmente considerada (medio ambiente, urbanismo, patrimonio-histórico), es otra de las técnicas idóneas para procurar la objetivación y complitud (*sic*) del control jurisdiccional.²⁹⁰ Lo que sí encontramos, es que el anteproyecto no delimita la noción de los intereses colectivos o difusos ni determina si su defensa compete solamente a las corporaciones, asociaciones y grupos que resulten afectados, o también a las personas individuales y como lo especifica el Consejo de Estado, abogando por una mayor concreción; tampoco ha seguido la línea jurisprudencial que entiende que un organismo autónomo, aún teniendo personalidad jurídica propia, carece de legitimación para recurrir contra un acto de la Administración tutelante, por considerar que los intereses generales perseguidos por ambos entes son los mismos.²⁹¹

A este propósito, somos partidarios de la posición de la apertura de la legitimación en cuanto pueda acceder a la vía contencioso-administrativa quien pueda demostrar una "lesión" en su derecho o interés legítimo, de conformidad con el análisis hecho anteriormente y siendo consecuentes con dicho planteamiento, sin llegar, claro está, a lo que señala el citado informe del Consejo de Estado, a que, el hecho de no establecer a priori requisitos precisos de admisibilidad y detección de los intereses colectivos, podría debilitar el necesario rigor de la legitimación para comparecer en el proceso, ya que, a partir de una definición -quizá arbitraria- y de una identificación -tal vez

²⁹⁰ GÓMEZ PUENTE, Marcos, *La inactividad de la Administración*, op. cit., p. 208.

²⁹¹ CONSEJO DE ESTADO, Memoria del año 1995, Madrid, 1996.

forzada- de un interés colectivo ad hoc, cualquiera podría intentar hacerlo valer como forma de acceso al proceso que le interese.²⁹²

Refuerza la idea anterior, lo matizado por SOLCHAGA LOITEGUI, en relación a la consideración de la opinión dominante, que señala (como criterio de atribución a la legitimación, el llamado interés procesal) que: "caracterizado por la necesidad de tutela jurisdiccional, puede concluirse en la procedencia de interpretar extensivamente el concepto, reconociendo la posibilidad de que el interés procesal concorra en personas distintas del titular de la situación jurídica subjetiva atacada o amenazada, aun excluyendo -por otro lado- la admisibilidad de la acción pública, salvo en aquellos supuestos -como ocurre en materia urbanística- en que viene reconocida expresamente."²⁹³

Por otra parte, la jurisprudencia constitucional, citada por GONZÁLEZ RIVAS, se ha encargado de referirse a una amplitud legitimadora que viene operándose y aunque deslindada de la actividad sindical (diferente de aspectos organizativos de la Administración Pública), señala: "En todo caso, ha sido la jurisprudencia constitucional la que, al hablar del problema de la legitimación, ha deslindado claramente lo que son, fundamentalmente, actividades sindicales de aquellas que se refieren a aspectos organizativos de la

²⁹² **INFORME DEL CONSEJO DE ESTADO**; op. cit.

²⁹³ **SOLCHAGA LOITEGUI, Jesús**, "La legitimación en el recurso de amparo"; en: El Tribunal Constitucional, doctrina recogida por **CANO MATA, Antonio**, "Reforma de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa: urgencia y criterios orientadores de la reforma", op. cit., p. 148. En este sentido señala el Informe del CONSEJO DE ESTADO, op. cit. p. 33, que cabría exigir que el reconocimiento de tales intereses esté previsto por la Constitución o por Ley, esto es, por algún texto normativo de suficiente rango como para que los intereses de un determinado sector de la vida social puedan ser considerados sin duda como intereses colectivos.

Administración Pública, deslindando ambos contenidos en el Auto número 520/1987, de 6 de mayo, fundamento jurídico segundo, en donde aludiendo a *precedente jurisprudencia*, entiende el Tribunal Constitucional que es cierto que en la Sentencia número 31/84, de 7 de marzo, fundamento jurídico cuarto, al referirse a los artículos 7 y 28.1 de la Constitución se indicaba que dichos preceptos proporcionan una fundamentación constitucional a la amplitud legitimadora de los Sindicatos para interponer, ante la jurisdicción competente, las acciones tendentes a la aplicación del principio de igualdad de remuneraciones, y se añadía: "la formulación del artículo 28.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa contiene, en el marco de las reglas procesales, un reconocimiento de la legitimación de las organizaciones que, como los Sindicatos, ostentan la representación y defensa de los intereses de los trabajadores". Pero, señala el propio Tribunal Constitucional al respecto, que también dichas declaraciones, deben entenderse efectuadas (Sentencia núm. 141/1985, de 22 de octubre, Fundamento Jurídico primero) "en relación con cuestiones estrictamente laborales", mientras que en el proceso contencioso-administrativo se trataría de cuestiones difícilmente calificables como pertenecientes al ámbito de la actividad sindical y relativas, más bien, a aspectos organizativos de la Administración Pública -en el caso examinado, al aspecto relativo a la creación de plazas-, por lo que referidas a la legalidad de la actuación administrativa en materia de provisión de plazas vacantes en funcionarios, son aspectos que incidirían en el derecho fundamental de los

ciudadanos a acceder a la función pública en los términos a que se refiere el artículo 23.2 del texto constitucional."²⁹⁴

3. La legitimación, el Ministerio Fiscal y el Defensor del Pueblo.

De conformidad con el punto anterior, una segunda solución estaría dada, en instituir un órgano público específicamente legitimado, para actuar en justicia en defensa de estos intereses. Sería, en otros términos, la legitimación tanto del Defensor del Pueblo como del Ministerio Fiscal.²⁹⁵

En esta línea de defensa del interés objetivo, conviene matizar como lo hace GÓMEZ PUENTE, que, cabe situar la legitimación del Defensor del Pueblo y del Ministerio Fiscal, que según lo estipulado en el anteproyecto de repetida cita, no vienen sino a mantener la defensa de los derechos y libertades fundamentales que demanda la misma Constitución en su artículo 162 b) Constitución Española²⁹⁶ y 46.1, a) de la Ley Orgánica del Tribunal

²⁹⁴ **GONZÁLEZ RIVAS, Juan José**, "Reforma de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa: urgencia y criterios orientadores de la reforma", *op. cit.*, p. 159.

²⁹⁵ Para **ALMAGRO NOSETE, José**, "Legitimación y amparo constitucional", *op. cit.*, p. 645, la diferenciación entre una y otra figura, radica en que "mientras el cometido del Ministerio Fiscal se orienta a la conservación del orden jurídico como defensor de la legalidad (por supuesto en cuanto ajustada a la Constitución), el Defensor del Pueblo se orienta a la promoción y desarrollo del orden jurídico, como defensor de la Constitución. Esta caracterización supone una exquisita delimitación por parte del Ministerio Fiscal de lo que sean criterios técnicos y criterios políticos; en cambio, el Defensor del Pueblo puede asumir criterios ideológicos que permitan una razonable expansión de lo jurídico en cuanto constitucional, siempre que estos criterios no se revelen como partidistas y respondan a los objetivos de la Constitución." En referencia a los alcances de la legitimación, en relación a estas figuras en particular, véase: **JIMÉNEZ MEZA, Manrique**, *La legitimación administrativa para la defensa de los intereses legítimos y los derechos subjetivos*, *op. cit.*, pp. 278-288.

²⁹⁶ A la letra dicta el artículo de referencia: "1. Están legitimados: b) Para interponer el recurso de amparo, toda persona natural o jurídica que invoque un interés legítimo, así como el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal."

Constitucional.²⁹⁷ Mas la legitimación de estas instituciones también se reconoce en "los demás supuestos previstos por las Leyes", contemplación que vista desde una amplia perspectiva, vendría a extender el control jurisdiccional de la legalidad administrativa incluida, claro está, la inactividad material de la Administración Pública, "a muchas situaciones en las que, pese a declararse plenario, dicho control no llega debido a las exigencias de legitimación (ni siquiera con la más generosa cláusula de la fórmula del interés legítimo)".²⁹⁸

Y en ello compartimos la inquietud que señala GÓMEZ PUENTE, en el sentido de que "teniendo encomendada la defensa de la legalidad y constituyendo el control plenario de la legalidad administrativa un objetivo constitucional, lógico sería atribuirle (al Ministerio Fiscal), en interés exclusivo de ley, legitimación general para impugnar cualquier actividad lesiva de intereses de carácter general o difuso no susceptibles, por su carácter, de tutela judicial a instancias de particulares (individuales o colectivos) salvo cuando se admite la acción popular. A falta de élla, la legitimación del Ministerio Fiscal constituiría un substitutivo nada desdeñable al objeto de garantizar la legalidad y la tutela jurisdiccional de los referidos intereses generales o difusos."²⁹⁹

²⁹⁷ Artículo 46.1, a) Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: "1. *Están legitimados para interponer el recurso de amparo constitucional: a) En los casos de los artículos 42 y 45, la persona directamente afectada, el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal.*"

²⁹⁸ GÓMEZ PUENTE, Marcos, *La inactividad de la Administración*, op. cit., p. 207.

²⁹⁹ GÓMEZ PUENTE, Marcos, *Ibidem.*, p. 208.

4. Una postura intermedia de legitimación.

Una tercera posición para una concepción de legitimación, acorde con los postulados constitucionales, vendrá ofrecida por un punto intermedio entre la contemplación de la impugnación de manera genérica, con claridad en cuanto a la determinación de los requisitos para la acción popular o vecinal, de manera tal que no se convierta en una indiscriminada puerta de acceso al contencioso-administrativo, y, por otro lado, que no sean sólo los entes públicos legitimados (Defensor del Pueblo y Ministerio Fiscal) los que ostenten el monopolio de la acción.

Llegados a este punto, el recuerdo y la constante remisión a la conocida obra del profesor NIETO GARCÍA, se hace de obligada cita, en relación a que la legitimación, de cualquier forma a la que tienda conceptualizarse, debe alejarse de ser un obstáculo para que el ciudadano que se sienta perjudicado, cuando la Administración no ejerce sus obligaciones, sean cuales sean éstas, pueda encontrar verdadero cobijo a sus requerimientos en vía jurisdiccional, en concordancia plena con una tutela judicial efectiva (art. 24.1 C.E.), por ello expresa: "De aquí nuestra insistencia en defender a los ciudadanos contra este tipo de agresiones administrativas y la naturalidad con que empleamos hermeneútics y técnicas aparentemente heterodoxas para dar una salida jurídica y socialmente inadmisibles. Porque, en definitiva, no se puede admitir que la negligencia (cuando no dolo) administrativa se vea permitida con obstáculos a su defensa procesal. Desde este punto de vista resulta una

iniquidad atrincherarse en mitos y prejuicios procesales (como el de la legitimación, por citar el más conocido) para dificultar la defensa de los ciudadanos, precisamente en sus puntos más débiles y donde más destaca la defectuosa conducta de la Administración."³⁰⁰

5. Referencia a la legitimación estatal.

Finalmente, y sin entrar al detalle de este tipo de legitimación que refiere al Estado, vemos que el anteproyecto establece una legitimación a éste, en relación a la actividad de las demás Administraciones Públicas, según lo deja claramente especificado el artículo 19.1.c), que en lo conducente dicta lo siguiente:

"1. Están legitimados ante el orden contencioso-administrativo:

c) La Administración del Estado, cuando ostente un derecho o interés legítimo, para impugnar los actos y disposiciones de la Administración de las Comunidades Autónomas y de los Organismos Públicos vinculados a éstas, así como los de las Entidades locales, de conformidad con lo dispuesto en la legislación de régimen local, y los de cualquier otra Entidad pública no sometida a su fiscalización."

³⁰⁰ NIETO GARCÍA, Alejandro, "La inactividad material de la Administración: veinticinco años después", *op. cit.*, p. 26.

De la anterior transcripción normativa, podemos derivar que la Administración del Estado se constituye en contralor de la legalidad de las otras Administraciones Públicas, que viene a producir un control sobre la posible inactividad de estas administraciones locales.

En relación con el inciso d) del artículo predicho, la Administración de las Comunidades Autónomas, tendrán legitimación para impugnar los actos y disposiciones de la Administración del Estado, así como los de las Entidades locales. Recoge así el proyecto, una propuesta de objetivar y ampliar de mayor y mejor manera, el control de la actividad administrativa en general, que como expresa GÓMEZ PUENTE, esta atribución legal de legitimación plenaria del Estado (y para él, en menor medida de las Administraciones de las Comunidades Autónomas y de las Administraciones locales), puede ser un útil instrumento de objetivación del control jurisdiccional de la Administración.³⁰¹

En relación a esta apertura normativa, señala el Informe del Consejo General del Poder Judicial que cabe distinguir una legitimación *ope legis*, sin limitación alguna, de la Administración del Estado en atención a su posición central y a la propia previsión del art. 153 CE, una legitimación también *ope legis* de las Administraciones de las Comunidades Autónomas respecto de los actos de las Administraciones locales y una legitimación *ad personam* de las Administraciones locales. Sin embargo, se nota que a las Comunidades

³⁰¹ Véase GÓMEZ PUENTE, Marcos, *La inactividad de la Administración*, op. cit., p. 207 y CANO MATA, Antonio, "Reforma de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa", op. cit., pp. 179-180.

Autónomas se les está restando legitimación para impugnar, ya que sólo se les permite para impugnar disposiciones de carácter general, no actos singulares y además, esas disposiciones tienen que afectar el ámbito de autonomía de la Comunidad recurrente. Pero, por otra parte, se abre la legitimación, permitiendo que la impugnación de la Administración de las Comunidades Autónomas pueda formularse también frente a actos de la Administración del Estado.³⁰²

Alcance que, junto con lo expresado y analizado anteriormente, conducirá a que la legitimación sea requerida en sus justos términos, acorde con el principio constitucional de tutela judicial efectiva y sin que la misma sea obstáculo para el acceso a la vía jurisdiccional en demanda de la inactividad e inercia administrativas, mediante un reconocimiento del concepto de legitimación, comprensivo de una interpretación amplia, eliminando las trabas y restricciones que hasta hoy ha impuesto el devenir normativo, en virtud del ya varias veces citado principio esencial proclamado en el artículo 24.³⁰³

³⁰² Véase Informe del Consejo General del Poder Judicial, op. cit., p. 64.

³⁰³ Cfr. **GOTA LOSADA, Eduardo**, "Reforma de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa: urgencia y criterios orientadores de la reforma", en Revista del Poder Judicial, número Especial XV, pp. 189-193. Véase también **JIMÉNEZ MEZA, Manrique**, *La legitimación administrativa para la defensa de los intereses legítimos y los derechos subjetivos*, op. cit., pp. 24-25, especialmente cuando dice que: "(...) la legitimación no debe convertirse, antes bien todo lo contrario, en un instrumento de entorpecimiento del proceso -o del procedimiento- para obstaculizar la primordial finalidad del contencioso-administrativo: la satisfacción de la libertad. Esa libertad entendida en una doble implicación: la garantía para actuarse legítimamente el Ordenamiento y, correlativamente, la protección a las situaciones jurídicas protegidas por ese mismo Ordenamiento."

IV. REFERENCIA AL TRATAMIENTO DE LA LEGITIMACIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COSTARRICENSE.

En el sistema jurisdiccional contencioso-administrativo de Costa Rica, encontramos una problemática legitimatoria de muy parecidas consecuencias y alcances, a la que sucede en España, en lo que al contencioso-administrativo se refiere.

Tanto los fundamentos normativos, como la terminología utilizada, se basan en las mismas coyunturas en ambos países, es por ello que encontramos que en la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de Costa Rica, se utiliza aún (como lo hace la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa Española, según lo analizado supra) el término de "interés directo"³⁰⁴ como causa de legitimación para demandar la declaración de ilegalidad y de anulación de los actos y disposiciones administrativas.³⁰⁵

³⁰⁴ Para la jurisprudencia costarricense, el "interés directo" debe entenderse: "propio, no ajeno - el interés es siempre en última instancia "personal", o sea, que el único interés verdadero es el que deriva de una situación legítimamente propia del interesado, no de una ajena, en relación con la cual se haya producido un acto lesivo...". SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPERIOR CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, N° 406 de 17:25 horas del 31 de mayo de 1973.

³⁰⁵ Reiteramos, tal y como lo hiciéramos en los apartados anteriores de esta investigación, que en este cuerpo de normas al igual que sucede en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de España, tampoco se refiere a la inactividad material como una forma de ilegalidad administrativa, salvo la materia de amparo constitucional, que sí es contemplativa de las omisiones administrativas. Posición relativa a dejar la valoración final sobre los intereses que asisten a los administrados -por la misma imprecisión legislativa-, es sostenida por el TRIBUNAL SUPERIOR CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, en Sentencia N° 406 de 17:25 horas del 31 de mayo de 1973, que al respecto y en lo conducente señala: "tanto la doctrina procesal civil como en la contencioso administrativa, el interés se nos presenta de imprecisos lineamientos, no acabados, y, en última instancia, como una cuestión de hecho que corresponde resolver a los Tribunales en cada caso concreto."

De conformidad con lo supradicho, dicta el artículo 10.1.a) de la Ley referenciada:

"Artículo 10: 1. Podrán demandar la declaración de ilegalidad y, en su caso, la anulación de los actos y de las disposiciones de la Administración Pública:

a) Los que tuvieren interés legítimo y directo en ello;..."³⁰⁶

Es, además, en la jurisprudencia nacional donde encontramos la exégesis que se le da al alcance de la legitimación, y en concordancia con ello, resulta de interés transcribir en lo conducente la Sentencia de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, la cual de forma resumida observa:

"...III.- La legitimación es la capacidad, la aptitud, para ser parte en un proceso concreto, y dentro de éste, de ser parte activa, pasiva o coadyuvante, dependiendo de las condiciones que para tal efecto la ley procesal preceptúe, en relación con la pretensión procesal. La legitimación ad causam activa es la aptitud para ser accionante, condición que nace de la posición en la que se encuentra el sujeto en relación con la pretensión procesal que él mismo promueve. La legislación, la jurisprudencia, y hasta la doctrina, son prácticamente contestes en cuanto a que, para la efectiva concurrencia de la legitimación activa, es necesaria al menos la presencia de un interés directo del accionante. La Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, al regular lo

³⁰⁶ Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de la República de Costa Rica, N° 3667 de 12 de enero de 1966 (Concordada y con citas clasificadas de jurisprudencia), recopilada por **VÍQUEZ CERDAS, Ana Cristina y BRENES ESQUIVEL, Ana Lorena.**

concerniente a la legitimación, en el inciso a), párrafo 1º, artículo 10, señala que la ostentarán: "Los que tuvieran interés legítimo y directo en ello;..." (se refiere a la anulación de los actos y disposiciones administrativos). Del texto dicho es posible extraer que, aún existiendo interés legítimo para la anulación de un acto, si éste no es directo, no existe legitimación. La relación jurídica entre el acto que se pretende anular y el sujeto que así lo pretende, debe ser directa para que concorra el requisito de la legitimación."³⁰⁷

Partiendo de que en el artículo primero de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de Costa Rica, queda establecido que lo que se enjuicia en el procedimiento son las pretensiones que se deduzcan en relación con los actos y disposiciones de la Administración Pública sujetas al Derecho Administrativo, la legitimación vendrá a ser, de conformidad con la teoría general, la específica situación jurídico-material en la que se encuentra un sujeto o una pluralidad de sujetos, en relación con lo que constituye el objeto litigioso de un determinado proceso. La legitimación determinará entonces, quienes son los verdaderos titulares de la relación material que se intenta dilucidar en el ámbito del proceso, es decir, quiénes son los sujetos cuya participación procesal es necesaria para que la Sentencia resulte eficaz.³⁰⁸

³⁰⁷ Sentencia N° 72 de las 15:10 horas del 13 de mayo de 1992.

³⁰⁸ GIMENO SENDRA, V., SABORÍO VALVERDE, R., GARBERÍ LLOBREGAT, J., y GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., *Derecho Procesal Administrativo Costarricense*; op. cit., p. 162.

Aunque se esté refiriendo al objeto de la pretensión procesal, como a cualquier disposición de la Administración Pública, el objeto se reduce a las "actuaciones" de tipo material y no aquellas "ilegalidades" que constituyen la inactividad material, por lo que podríamos decir, sin género de dudas, que el vacío normativo de la jurisdicción contencioso-administrativo en Costa Rica, se encuentra aún carente de una regulación propia a aquellas ilegalidades cometidas con motivo de las omisiones y carencias en que incurra la Administración Pública en el ejercicio de su deber, tal y como sucede paralelamente en el ordenamiento jurídico español.

Siguiendo el postulado normativo anterior y con fundamento en la legitimación de tipo general, estarán legitimados aquellos sujetos que sean titulares de una relación jurídica, surgida como consecuencia de la producción de un acto administrativo o de una norma reglamentaria. Y, si hacemos un análisis exegético, de los principios que inspiran el campo legitimatorio en el Derecho Costarricense, encontramos que, en la Constitución de la República de 1949 (actualmente en vigor), el ámbito de aplicación estaba reducido sólo a la protección del ejercicio de "derechos administrativos"; sin embargo, mediante una reforma constitucional operada en 1963, vigente hasta hoy día,³⁰⁹ encontramos que, se amplió la cobertura de protección a los "derechos subjetivos" y a los "intereses legítimos", tal y como hace el artículo 24.1 de la Constitución Española.³¹⁰

³⁰⁹ Reforma Constitucional 3124 de 25 de junio de 1963.

³¹⁰ Reza la norma de la **Constitución Política de la República de Costa Rica** (Imprenta Nacional, San José, Costa Rica, 1993): "Artículo 49: Establécese la jurisdicción contencioso-administrativa como atribución del Poder Judicial, con el objeto de garantizar la legalidad de la

La citada Ley Costarricense, parte, como lo hacen muchos ordenamientos, especialmente Europeos, de una distinción entre pretensiones de anulación, o sea, declarativas y pretensiones de plena jurisdicción.³¹¹

Dentro del primer caso encontramos el artículo 22,³¹² y dentro de las de plena jurisdicción la norma 23,³¹³ confiriendo, por tanto, legitimación activa para promover las primeras, a "los que tuvieren interés legítimo y directo en ello"³¹⁴ y a los titulares de un "derecho subjetivo derivado del ordenamiento",³¹⁵ en el

función administrativa del Estado, de sus instituciones y de toda otra entidad de derecho público. La desviación de poder será motivo de impugnación de los actos administrativos.

La ley protegerá, al menos, los derechos subjetivos y los intereses legítimos de los administrados. (Lo evidenciado es nuestro).

³¹¹ Expresa la Sentencia del TRIBUNAL SUPERIOR CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA. Resolución de las 10:10 horas del 11 de julio de 1990, "...II.- Que efectivamente, en nuestra legislación a través del proceso contencioso administrativo existe implícita la posibilidad de ejercer una pretensión simplemente anulatoria, encaminada a obtener la declaración de nulidad de un acto administrativo por desconformidad con la ley, o bien además, al reconocimiento de un derecho o situación jurídica administrativo del recurrente; y que, lógicamente las exigencias en cuanto a legitimación son diferentes, ya que para demandar la nulidad por inadecuación del acto administrativo a las normas legales bastará que el actor alegue el mero interés directo a que se refiere el inciso a) del artículo 10 de la Ley de la Jurisdicción, mientras que para lo segundo habrá de existir previamente a favor del recurrente un derecho o situación jurídica individualizada que el acto impugnado haya vulnerado y que el Juzgado debe restablecer, según lo manda el apartado 3 de la mencionada norma." Nótese que en la insuficiencia normativa, se habla en la jurisprudencia transcrita, de actos administrativos, aunque de idénticos resultados, a nuestro parecer, le son aplicables a una posible contemplación de un recurso contencioso administrativo contra la inactividad material de la Administración Pública.

³¹² "Artículo 22: El demandante podrá pretender la declaración de no ser conformes a Derecho y, en su caso, la anulación de los actos y de las disposiciones susceptibles de impugnación, según el capítulo anterior."

³¹³ "Artículo 23: La parte demandante, a que se refiere el artículo 10, párrafo 3, podrá pretender, además de lo previsto en el artículo que antecede, el reconocimiento de una situación jurídica individualizada y la adopción de las medidas necesarias para el pleno restablecimiento de la misma, entre ellas la indemnización de los daños y perjuicios, cuando proceda."

³¹⁴ "Artículo 10.1.a): Podrán demandar la declaración de ilegalidad y, en su caso, la anulación de los actos y disposiciones de la Administración Pública: a) Los que tuvieren interés legítimo y directo en ello."

³¹⁵ "Artículo 10.3: Podrán demandar la declaración de ilegalidad y, en su caso, la anulación de los actos y de las disposiciones de la Administración Pública: 3. Si se pretendiere, además el reconocimiento de una situación jurídica individualizada y su restablecimiento, con o sin reparación patrimonial, únicamente podrán promover la acción el titular de un derecho subjetivo derivado del ordenamiento que se considere infringido por el acto o disposición impugnados."

segundo caso;³¹⁶ lo cual restringe el ámbito de cobertura de derechos, para aquellos que tuvieran un "interés legítimo", en el caso de acciones en que se requiere, más que una anulación, el restablecimiento de la situación jurídica vulnerada, como lo es en nuestro caso, la inactividad material de la Administración. En este orden, como lo indica GIMENO SENDRA³¹⁷, el título de legitimación exigido por la norma procesal administrativa, viene a ser el característico del proceso civil, esto es, la ostentación de un derecho subjetivo objeto de lesión, real o potencial, como consecuencia de un acto proveniente de una Administración Pública.

Así las cosas, la legitimación como "presupuesto procesal"³¹⁸ en el ordenamiento jurídico costarricense, puede concluirse como lo hace GIMENO SENDRA, que se encuentran legitimados quienes ostenten un "derecho subjetivo" -con todas las facultades de disposición que sobre el mismo corresponden a priori a su titular-, o un "interés legítimo y directo" -que otorga a quien lo ostenta el poder de reaccionar, a posteriori, frente a eventuales lesiones, careciendo de relevancia jurídica antes de ese momento.³¹⁹

³¹⁶ Véase GIMENO SENDRA, V., SABORÍO VALVERDE, R., GARBERÍ LLOBREGAT, J., y GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., *Derecho Procesal Administrativo Costarricense*, op. cit., p. 164.

³¹⁷ GIMENO SENDRA, V. y otros, *Ibidem*, p. 186.

³¹⁸ En este sentido, expone GIMENO SENDRA, Vicente y otros, *Ibidem*, p. 166. que la naturaleza jurídica de la legitimación, es la consideración de la eficacia de la pretensión y no su validez, que opera junto a al elemento "fundamentación", en orden a posibilitar la emisión de una Sentencia que, entrando en el fondo del litigio, se pronuncie sobre el objeto procesal. Por ello, concluye que en ningún caso podrá encuadrarse la legitimación en la categoría de "presupuestos procesal", porque la resolución judicial que aprecia la carencia de alguno de ellos nunca produce los efectos típicos de la cosa juzgada material; cosa que no hace el ordenamiento jurídico costarricense al apreciar la falta de legitimación como una causa de inadmisibilidad (artículo 50 y 60 LRJCA).

³¹⁹ GIMENO SENDRA, Vicente y otros, *Ibidem*, p. 165.

En esta línea de pensamiento, partiendo de que la legitimación no debe ser un requisito de admisibilidad de la acción como presupuesto procesal *strictu sensu*, se puede observar que la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa señalada, identifica la legitimación con la capacidad o la postulación "cuando es lo cierto que su naturaleza jurídica (...) se separa radicalmente de la propia de dichos institutos. Basta con examinar el enunciado del art. 60.b) LRJCA -donde se establece que la Sentencia que aprecie falta de legitimación declarará la "inadmisibilidad" de la pretensión, es decir, mediante un pronunciamiento "meramente procesal"-, o el del art. 50 LRJCA -que se remite al art.60 en lo referente a los motivos de fundamentación de las "defensas previas", o excepciones dilatorias-, para comprobar cuán atípico se presenta el tratamiento de la legitimación en dicho texto legal."³²⁰

³²⁰ **GIMENO SENDRA, Vicente** y otros, *Ibidem*, p. 168. Asimismo, puede verse en esta obra un análisis de los fundamentos que inspiran y justifican el porqué la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de Costa Rica, permite el tratamiento preliminar de la legitimación, configurándola como un presupuesto procesal. pp. 174 y ss. Postura concordante con la consideración de la legitimación como un presupuesto de admisibilidad, puede observarse en lo dicho por la Sentencia de la SALA PRIMERA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, N° 11 de las 15:00 horas del 22 de enero de 1993: "VII.- La legitimatio ad causam alude a la aptitud de un sujeto para ser considerado parte en un proceso concreto. La determinación de esta idoneidad procesal está íntimamente ligada con la pretensión deducida en la acción, y sólo quien se encuentre en determinada relación con ésta puede ser parte en el respectivo proceso. La legitimación activa, a su vez, se refiere a esa suficiencia procesal del sujeto demandante, la cual representa su capacidad para deducir una pretensión y la titularidad respecto a una relación jurídica o a un interés tutelable por el ordenamiento. Por ende, la cuestión de la legitimación activa se yergue como una cuestión de índole procesal y no de fondo, aunque a veces se daba analizar éste para determinar si el accionante es el llamado a deducir una determinada pretensión. Por ser uno de los requisitos procesales indispensables para la configuración de la litis, puede ser examinada de oficio por el juez."

El problema aquí radica en que, al ser un requisito de admisibilidad de la acción, la legitimación no se analizaría desde la perspectiva de su pretensión procesal, y, al venir la legitimación determinada por la titularidad de un "derecho subjetivo" o de un "interés legítimo y directo", es, en sentencia en que se deben de verificar los mismos, siguiendo la tesis que sostiene GIMENO SENDRA, ya que "la falta de legitimación en ningún caso condiciona la existencia del proceso; el proceso existe y se desarrolla independientemente de que las partes estén legitimadas o no; lo que la legitimación condiciona es la eficacia misma de la Sentencia que se pronuncia sobre el objeto procesal."³²¹

En conclusión, valga decir, que la letra de la ley debe tender al tratamiento de la legitimación, apreciándola desde la perspectiva del tratamiento del objeto y pretensión procesal y no como una forma de obstaculización de la defensa de los derechos e intereses de los administrados.

Finalmente cabe hacer referencia a que en materia de amparo constitucional, el cual es comprensivo de acciones contra la actuaciones u omisiones fundadas en normas erróneamente interpretadas o indebidamente

³²¹ **GIMENO SENDRA, Vicente** y otros, *Ibidem*, p. 169. Señala además este autor, que, siendo la legitimación una cuestión propia del fondo del asunto litigioso -por entrañar una atribución concreta y cierta de derechos o intereses a las partes procesales, por producir la resolución que sobre ella se pronuncia la totalidad de los efectos de la cosa juzgada material, etc...-, su tratamiento preliminar, o ad limine, podría conllevar el peligro de que el Juez o Tribunal, al decidir si las partes se encuentran o no legitimadas, prejuzgara sobre el objeto procesal, sin tener todavía los elementos probatorios necesarios para asegurar el acierto de su decisión." p. 172.

aplicada (artículo 29 párrafo tercero, Ley de la Jurisdicción Constitucional, N° 7135 de 11 de octubre de 1989 y publicada en el Alcance No. 34 a La Gaceta No. 198, del jueves 19 de octubre de 1989), existe una mayor apertura de legitimación, ya que en su artículo 33, queda por sentado que cualquier persona podrá interponer el recurso de amparo, sin sujeción a condición alguna. Por otra parte en la norma 34, se posibilita el ejercicio del derecho al amparo a todo aquel que tuviere un interés legítimo en el resultado del recurso, pudiendo personarse e intervenir en él como coadyuvante del actor o del demandado.

CAPÍTULO V

REQUERIMIENTO O RECLAMACIÓN PREVIA

CAPÍTULO V

REQUERIMIENTO O RECLAMACIÓN PREVIA

I. PLANTEAMIENTO.

Como parte de los presupuestos procesales de acceso a la vía contencioso-administrativa, se ha esbozado la necesidad de un **requerimiento o reclamación previa** formulada ante la misma Administración incumpliente,³²² como preámbulo a que el Juez o Tribunal conozca del asunto que el particular le someta a su estimación jurisdiccional.

Al considerarse esta reclamación como un presupuesto procesal, la misma determina la accesibilidad o no a la vía contencioso-administrativa, de aquellas impugnaciones de los ciudadanos a las diferentes formas de ilegalidad cometidas por los órganos de gobierno en el ejercicio de su deber, dentro de las que incluimos la inactividad.³²³

³²² **GIMENO SENDRA, Vicente, MORENO CATENA, Víctor, GARBERÍ LLOBREGAT, José y GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolás**, *Curso de Derecho Administrativo*, op. cit., pp. 170 y ss., llamando a la reclamación previa: "presupuestos de la actividad".

³²³ Establecido por el artículo 57.2, apartado f) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, que a la letra dicta refiriéndose al escrito que se debe formular y solicitar para que se tenga interpuesto el recurso: "A este escrito se acompañará: f) Acreditación de haber efectuado al órgano administrativo autor del acto impugnado, con carácter previo, la comunicación a que se refiere el artículo 110.3 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común." Véase además a **GIMENO SENDRA, Vicente, MORENO CATENA, Víctor, GARBERÍ LLOBREGAT, José y GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolás**, *Curso de Derecho Administrativo*, op. cit., p. 182, quienes señalan que: "Si se considera, finalmente, que el art. 57.3 sanciona con la inadmisibilidad del escrito de interposición el no adjuntar con el mismo los documentos exigidos

II. ORÍGENES.

El requerimiento o reclamación previa tiene su origen como lo recuerdan los profesores GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, en la Real Orden de 9 de junio de 1847, mediante la cual desde entonces, se da una oportunidad más a la Administración que se vea envuelta en un litigio para que rectifique su actuar.

A más claridad, dicta la orden en mención:

"No siendo justo ni conveniente que la causa pública sea de peor condición que los particulares, a los cuáles concede la Ley medios de transigir sus diferencias por motivos de equidad, antes de verse envueltos en las dificultades que ofrece un litigio y considerando que la instrucción de expedientes gubernativos puede suplir en los negocios en que es parte el Estado las ventajas que en los privados producen los juicios de conciliación (...)se acordó con carácter general, que no se controviertan intereses del Estado sin que previamente se haga constar que se ha obtenido resolución en el asunto sobre el que verse por la vía gubernativa".

A este respecto, señalan los citados autores que esta orden marca el punto de inflexión de esa primera tendencia que deriva ya del franco intento de apoderar a los jueces hacia la afirmación pura y simple de un poder de decisión previa, cuyos desorbitantes efectos iniciales, no tardaron en ser neutralizados.³²⁴

Con este preámbulo histórico, se puede notar claramente la voluntad que en el espíritu de las normas ha operado desde siempre, con el fin de otorgar a la Administración Pública una posibilidad más, para corregir los yerros que en sus "actuaciones" haya podido cometer, teniendo el tiempo necesario para desplegar las acciones legalmente debidas y evitar la prosecución del contencioso administrativo.

III. FINALIDAD Y JUSTIFICACIÓN.

Esta gestión previa que hace el recurrente ante las autoridades administrativas, tiene la finalidad de conseguir un efecto positivo en el actuar de la Administración Pública demandada y en favor del demandante.

El sistema lo que procura con la interposición de este presupuesto procesal es que por medio de él, se pueda dar plena satisfacción al derecho o interés legítimo del petente que se encuentra ilegítimamente violentado, sin

³²⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, T. II, cuarta edición, 1994, *op.cit.*, p. 692.

necesidad de completarse, como hemos dicho anteriormente, todo el sistema contencioso. De esta forma se evitan -por lo menos teóricamente-, largos procesos contenciosos que, en algunos casos, los órganos administrativos estaban desde un inicio anuentes a satisfacer el derecho reclamado.

La reclamación previa debe hacerse como su nombre lo indica, de manera anterior a la interposición de la demanda, es, en otras palabras, un requerimiento dentro del proceso previo que el demandante debe interponer antes de acceder a la vía jurisdiccional como requisito de admisibilidad que es. Sería, un procedimiento administrativo, aunque de carácter especial, siendo además un presupuesto del proceso de carácter específico, es decir, un elemento que afecta a la regular constitución de la relación jurídica en que el proceso consiste.³²⁵ Especial en el tanto se convierte en una etapa que se debe cumplir necesariamente, para poder llegar hasta el estrado jurisdiccional a hacer valer los derechos que se sientan lesionados por el accionar público, que de no cumplirse, la posibilidad de acción estaría vedada, lo cual determina la relación jurídica del proceso.

Como etapa especial al proceso contencioso, podríamos hacernos la pregunta de: ¿qué es lo que se busca con esta reclamación previa? Entre otras réplicas, se podría decir que, tiene por finalidad:

³²⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón, *Ibidem*, p. 695.

PRIMERO: Dar una posibilidad más al órgano administrativo incumpliente, a fin de que corrija sus errores a la luz de los alegatos que exponga el recurrente.

SEGUNDO: Esta reclamación previa puede evitar que la Administración sea llevada a juicio al enterarse el órgano administrativo en sus estrados de decisión (que es a quienes corresponde agotar la vía) sobre las actuaciones u omisiones de sus órganos inferiores, y por tanto, corregir su actuación.

TERCERO: De resolverse positivamente la "gestión" o "reclamación" del recurrente a nivel o vía administrativa, se reduciría el número de casos que llegan a la instancia judicial, con la consiguiente economía para el sistema jurisdiccional.

CUARTO: De darse una nueva oportunidad a la Administración para que actúe, se evita que el órgano jurisdiccional pueda de alguna forma, interferir - especialmente para los defensores de una tajante división de poderes- anticipadamente en sus decisiones.

Ahora bien, centrándonos en nuestro objeto de estudio, cuando la Administración ha dejado de actuar y ha sido su deber, existe un derecho insatisfecho. Esta gestión previa al proceso, permitiría, en tesis de principio, hacer que la Administración Pública "conozca" de su deber de actuación y evite

que se le demande en vía contenciosa administrativa, mediante el despliegue accional correspondiente.

Utilizando las palabras de LEGUINA VILLA,³²⁶ la finalidad de la reclamación previa no es otra que la de dar una última oportunidad a la Administración para que ponga fin a su inactividad y satisfaga la prestación a la que está obligada. Su fundamento radica en el carácter público de la entidad a la que se pretende.³²⁷

Consecuentemente y apartados de la idea de que debe darse la existencia de un acto previo para poder impugnar **todas** las actuaciones de la Administración Pública, en virtud de que la inactividad no puede estar fundamentada en actos previos porque estos no existen (según se analizó en el capítulo anterior), queda pendiente, hacer un somero análisis de si es necesario hacer el requerimiento o reclamación previa al ente administrativo como presupuesto de admisibilidad a la vía jurisdiccional.

³²⁶ LEGUINA VILLA, Jesús, "La reforma de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa", op. cit., p. 227.

³²⁷ ALONSO OLEA, Manuel, "La reclamación previa en los procesos de Seguridad Social", en Revista Iberoamericana de Seguridad Social, Separata del N° 2, marzo-abril 1961, p. 5. Aún cuando referida al Derecho laboral, pero análogo al Derecho administrativo, tal y como lo señala en su obra: *La reclamación administrativa previa (Un estudio sobre la vía administrativa como presupuesto del proceso ante la Jurisdicción del Trabajo)*, Instituto García Oviedo, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1961, p. 7, cuando dice que: "La naturaleza jurídica de la reclamación administrativa previa a los procesos de trabajo no debe ser analizada desde el Derecho material o sustantivo, ni administrativo, ni laboral; se trata de una institución de formalización de conflictos y, como tal, independiente de la materia sobre la que el conflicto verse e indiferente ante ésta."

Podríamos equiparar el fin perseguido por ésta reclamación previa al que se da en la figura del agotamiento de la vía, considerado este agotamiento, como acción previa a la interposición del juicio contencioso, por medio del cual el administrado debe compeler por sí mismo el cumplimiento por parte de la Administración Pública de sus deberes y obligaciones, que como parte en el conflicto es "la llamada a resolver".³²⁸ Así, de no accionar ésta lo correspondiente, quedaría abierta la vía contenciosa para demandar lo que el particular estime pertinente.

Podríamos decir de una manera general, que este agotamiento de la vía administrativa, parecería más preciso el interponerlo en aquellos casos en los que el particular afectado impugne una situación determinada o solicite anular un acto administrativo ya emanado de la Administración Pública, ya que en estos casos ha habido una manifestación expresa de la Administración y lo que se pide es una revisión de la misma, a fin de ajustarla y adaptarla a los derechos e intereses legítimos del administrado (ya sea anulándola o bien modificándola).

Aquí -tal y como ha quedado señalado en el capítulo anterior-, la pretensión se deduce de un acto administrativo debidamente manifestado por la Administración y ésta se conforma en el concreto contenido del acto.³²⁹

³²⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón, Curso de Derecho Administrativo, T. II, op. cit., p.694.

³²⁹ En este mismo sentido véase, SÁNCHEZ SUÁREZ, Rafael, *La ley de la jurisdicción contencioso-administrativa (Reforma)*, op. cit., p. 65.

Sin embargo, en aquellos casos o supuestos de "voluntades" omisivas de la Administración Pública, en los cuales se demanda una "actuación" positiva -un hacer material-, fundamentado en un deber legal administrativo (norma legal o reglamentaria que no precise de actos de aplicación, o bien, actos, contratos o convenios), el dato principal no es la presencia de un acto que se recurre del cual se deduzca la pretensión del sujeto, lo que operaría aquí es un requerimiento simple inicial, como "recordatorio" al órgano estatal para entrar de lleno a la vía jurisdiccional.³³⁰ Lo anterior, por cuanto al acudir el administrado a las vías jurisdiccionales, se presume que ha realizado sendas gestiones ante el órgano administrativo con el fin de que éste despliegue la actividad debida, sin haber obtenido el éxito deseado.³³¹

En otras palabras, tiene la condición de ser un "acto de comunicación", de formal puesta en contacto entre el futuro demandante y la futura Administración demandada, no existiendo *prima facie*, posibilidad alguna de que esta última, respondiendo a la "comunicación previa", altere el contenido del acto, y con ello, evitar la incoación del proceso administrativo.³³²

³³⁰ Cfr. **GONZÁLEZ-VARAS IBAÑEZ, Santiago**, "Las pretensiones en el proceso administrativo español y la pretensión prestacional", *op. cit.*, p. 33.

³³¹ Cfr. *Seminario sobre la Reforma de la Jurisdicción Contencioso-administrativo*, 17 de mayo de 1995, Institut d' Estudis Autònòmics, Barcelona, 1995.

³³² Véase **GIMENO SENDRA, Vicente**, **MORENO CATENA, Víctor**, **GARBERÍ LLOBREGAT, José** y **GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolás**, *Curso de Derecho Administrativo*, *op. cit.*, p. 183.

Autores como RIBERA RODRÍGUEZ,³³³ restan importancia a esta figura dándole sus justos términos, apuntando que la "reclamación previa" es un mero requisito de admisibilidad del recurso contra la inactividad (y no elemento previo de una acción anulatoria) y prueba de ello es la inaplicabilidad en estos supuestos, del recurso de reposición que restablece con carácter potestativo el proyecto (artículo 42).³³⁴

Efectivamente se trata, con esa interpelación -RODRÍGUEZ DE SANTIAGO-, de una simple formalización del conflicto frente a la Administración. Si con esa reclamación se pretendiera provocar un acto -por silencio- objeto de la impugnación, no tendría sentido la regulación de éstos supuestos en el artículo 28, con independencia de la impugnación de actos presuntos a la que se refiere, como vía distinta de acceso a la jurisdicción, el artículo 24. Tampoco estaría justificado por qué estos casos de reclamación ante la inactividad -si hubiera que interpretarlos como actos presuntos- escaparían del régimen de certificación que con carácter general establece el artículo 44 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y

³³³ RIBERA RODRÍGUEZ, Teresa, "La defensa frente a la inactividad y la vía de hecho administrativas en el anteproyecto de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 16 de enero de 1995", *op. cit.*, p. 465.

³³⁴ A mayor claridad dicta este artículo: "1. En los litigios entre Administraciones Públicas no cabrá interponer recurso en vía administrativa. No obstante, cuando una Administración interponga recurso contencioso-administrativo contra otra, podrá requerirla previamente para que derogue la disposición, anule o revoque el acto, haga cesar o modifique la actuación material, o inicie la actividad a la que esté obligada. 2. El requerimiento deberá dirigirse al órgano competente mediante escrito razonado que concretará la disposición, acto, actuación o inactividad, y deberá producirse en el plazo de dos meses contados desde la publicación de la norma o desde que la Administración requirente hubiera conocido o podido conocer el acto, actuación o inactividad. 3. El requerimiento se entenderá rechazado si, dentro del mes siguiente a su recepción, el requerido no lo contestara. 4. Queda a salvo lo dispuesto sobre esta materia en la legislación de régimen local."

del Procedimiento Administrativo Común. Por último, queda bien claro que en estos casos se interpone recurso contencioso-administrativo contra la inactividad de la Administración (artículo 28.1) y no frente a la negativa de contestar a la reclamación.³³⁵

IV. PERSPECTIVA DESDE EL PROYECTO DE LEY

El proyecto de Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa último presentado, en su artículo 29 establece expresamente, una fase previa para que el administrado perjudicado pueda acudir al proceso contencioso-administrativo cuando de casos de inactividad administrativa se trate.

Especifica el mencionado proyecto, que hasta transcurridos tres meses desde la fecha de la reclamación del particular a la Administración omisora de la actividad legalmente debida (casos que no sean de inejecución de actos firmes para los que el plazo será de un mes), podrá interponerse la acción correspondiente. Reclamación que -según la exposición de motivos del proyecto- señala que no pretende ser un remedio del silencio administrativo, sino simplemente ofrecer de la Administración en tanto y cuanto persona jurídica singular, un período para que pueda cumplir esta obligación, transcurrido el cual se puede iniciar inmediatamente la actuación pretensiva.³³⁶

³³⁵ **RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María**, "Otro embate contra el carácter revisor: el recurso contencioso-administrativo ante el incumplimiento por el Jurado Provincial de Expropiación de la obligación de fijar el justiprecio en plazo (STC 136/1995, de 25 de septiembre)", *op. cit.*, p. 234.

³³⁶ Exposición de motivos, Proyecto de Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 18 de junio de 1997.

A pesar de lo dicho y de la expresividad con la que la norma contempla esta fase previa, con el fin de evitar juicios inútiles, creemos que ello no es solución a la específica problemática que plantea la inactividad de la Administración, ya que si esta ha permanecido inactiva ante una obligación de tipo legal, es difícil que abandone su inactividad porque el particular le haga un "nuevo" requerimiento y le "avise" que va a interponer un juicio contencioso administrativa contra ella.

Generalmente, tratándose de casos de inactividad, ya cuando el particular acude a los Tribunales de Justicia, ha agotado todos los medios administrativos posibles que le quedaban a su alcance, para que la entidad de la Administración Pública le satisfaga el derecho que alega como violentado con la inacción.

Como apunta GIMENO SENDRA resumiendo muy bien la innecesidad de la reclamación previa como requisito de admisibilidad de la acción, dice que la "comunicación" no encierra ningún género de procedimiento autocompositivo (se asemeja, así, a la declaración de lesividad, distanciándose notoriamente del resto de presupuestos procesales de la actividad). Continúa diciendo: "Si a través de la comunicación previa no puede alcanzarse acuerdo alguno que evite el proceso; si, como es obvio, la existencia de la comunicación implica la inequívoca y definitiva intención de incoar dicho proceso administrativo; y si, finalmente, su realización no lleva aparejado ningún efecto jurídico (ni con

relación al plazo de interposición del recurso contencioso-administrativo que no puede quedar nunca interrumpido, ni a efectos de continuar en mora a la Administración porque la comunicación no lleva implícita petición alguna), la conclusión ha de ser en buena medida negativa, salvo que se configure como un mecanismo para estimular una respuesta expresa de la Administración en los casos en que cristalice la técnica del silencio negativo. En otro caso, la comunicación vendrá a constituirse como una "injustificada" carga en perjuicio del futuro demandante, que si no la cumplimenta se verá abocado a una declaración judicial de inadmisibilidad de su "recurso contencioso-administrativo".³³⁷

Este requisito procesal del reclamo previo, debe ser entonces indiscutiblemente conceptualizado de forma facultativa para el que demanda, en el tanto se pruebe de alguna forma, que de la acción omisiva administrativa, es conciente la Administración. En este último concepto, coincidimos con GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ³³⁸ para quienes es obvio que esa utilidad práctica en evitar procesos inútiles es muy escasa, por no decir nula, al igual que ocurre con la propia vía administrativa de recurso, por lo que **parece razonable postular su supresión o, cuando menos, su conversión en un instrumento meramente facultativo cuya utilización**

³³⁷ GIMENO SENDRA, Vicente, MORENO CATENA, Víctor, GARBERÍ LLOBREGAT, José y GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolás, *Curso de Derecho Administrativo*, op. cit., p. 183.

³³⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, op. cit., p.696. Cfr. VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, Alfonso, "Crisis y renovación en el contencioso-administrativo español", op. cit., p. 285-301.

debe quedar al arbitrio del particular interesado, que son los únicos que pueden decidir hoy día si tiene o no alguna utilidad.

Si la inactividad administrativa es el no ejercicio de una actuación debida, poco logrará el particular acudiendo a la Administración "una vez más" y tener que esperarse un nuevo y largo tiempo (que en el proyecto de ley se establece en tres meses) para que la Administración conteste a su petición (lo que no supone el ejercicio material de la acción), o bien, como suele suceder fácticamente, siga silenciando tanto en su respuesta como la actividad material o responda negativamente, con lo cual el particular debe ir primero a un proceso declarativo de su derecho.

En caso de que la Administración llegara a actuar ante el "aviso" o "advertencia" (requerimiento o reclamación) del Administrado, se lograría el objetivo de su instauración normativa, evitando que el particular tenga que acudir a la vía jurisdiccional, de ser la respuesta positiva y ya no sólo como respuesta sino como despliegue material de la actividad.³³⁹ Nótese que decimos que si "llega a actuar" porque igual le dará al Administrado que durante ése tiempo la Administración le llegue a contestar pero insiste en su inactividad material.

³³⁹ Véase **RIBERA RODRÍGUEZ, Teresa**, "La defensa frente a la inactividad y la vía de hecho administrativas en el anteproyecto de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 16 de enero de 1995", *op. cit.*, p. 465.

A nuestro juicio y reiterando el carácter potestativo que debe tener esta reclamación previa, tendría sentido que el particular que ve una posibilidad de actuación por parte la Administración, anterior -claro está- a la interposición de la demanda contenciosa, le requiera y conmine para que actúe, de manera tal que no se llegue a accionar todo el proceso jurisdiccional. En este orden, se trataría de una última gestión para que el órgano administrativo "recapacite" su deber, y tome las acciones que sean correspondientes al derecho del administrado. Por lo dicho, coincidimos con LEGUINA VILLA, en que, siendo el objeto del pleito contencioso la inactividad, la finalidad de la reclamación previa no es otra que la de dar una última oportunidad a la Administración para que ponga fin a su inactividad y satisfaga la prestación a la que está obligada.³⁴⁰

Lo que no resulta lógico en modo alguno, es el plazo que se señala en el proyecto de ley para que el particular tenga el acceso jurisdiccional, debiendo mediar tres meses desde la reclamación para poder deducir la demanda, lo cual es claro que lejos de beneficiar al particular afectado, más bien lo perjudica, especialmente tratándose de casos que ameriten una acción administrativa inmediata (pago de una beca de estudios, eliminación de un obstáculo en una calle, restablecimiento de un servicio público, etc.), y el plazo resulta ser muy extenso y desproporcionado (igual al que la normativa actual se contempla para los casos en que opere el silencio administrativo). Hacer al administrado que necesita de una operación quirúrgica en la Seguridad Social,

³⁴⁰ LEGUINA VILLA, Jesús, "La reforma de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa: planteamiento general", *op. cit.*, p. 29 y ss.

esperarse tres meses desde la reclamación al ente público para que sea atendida su solicitud en los Tribunales, sería realmente denegarle justicia; igual situación se plantearía en aquel sujeto que acude al Ayuntamiento a fin de que obligue a un tercero a quitar su coche de la entrada a su vivienda y ésta no hace ni contesta nada a la petición.³⁴¹

Evidentemente, el proyecto de ley no otorga una vía directa al particular para demandar en la jurisdicción contencioso-administrativa los casos de inactividad administrativa, talvez en razón de un intento forzado de que la Administración siga teniendo la potestad de poder discutir en sede administrativa la validez del derecho que dice tener el recurrente, de allí que la norma diga expresamente: **tres meses a partir de la reclamación que efectúe el particular**; plazo en el que la Administración, o no hubiere dado cumplimiento a lo solicitado o bien no hubiere llegado a un acuerdo con los interesados.

Es más, aún en los procesos actuales se cuestiona la utilidad del requerimiento o reclamación previa, postura que deja clara VILLAGÓMEZ³⁴² en relación al artículo 110.3 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que a la letra dicta lo siguiente:

³⁴¹ Tema que se tratará con amplitud, en el Capítulo VI, Sección I.

³⁴² VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, Alfonso, "Crisis y renovación en el contencioso-administrativo español", *op. cit.*, p. 292.

"La interposición de recurso contencioso-administrativo contra actos que ponen fin a la vía administrativa requerirá comunicación previa al órgano que dictó el acto impugnado".³⁴³

Para este autor, muchos son los problemas que suscita esta comunicación previa, derivados unos, de la no muy precisa redacción del artículo 110.3, y otros, de su necesaria valoración e interpretación respetuosa de derechos fundamentales consagrados por la Constitución.³⁴⁴

Así las cosas, creemos que el objetivo básico de la introducción de una figura tan novedosa como necesaria en el Contencioso-Administrativo, como lo es la inactividad de la Administración como objeto de impugnación, es la debida aceleración de un proceso ya no sólo declarativo, sino con reales posibilidades de condena e inmediata ejecución, y esta aceleración supondría que aquellos casos de manifiesta ilegalidad administrativa y de urgente trámite, pueda ser facultativo para el administrado, requerir previamente a la

³⁴³ Tanto para el ejercicio de la acción civil como en la acción laboral, la falta de reclamación previa constituye una excepción dilatoria, siendo en todo caso subsanable, así, véase lo dicho por **ESCUSOL BARRA, Eladio** y **RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ, Jorge**, *Derecho Procesal Administrativo*, op. cit., pp. 280 y ss. Cfr. **ALONSO OLEA, Manuel**, *La reclamación administrativa previa (Un estudio sobre la vía administrativa como presupuesto del proceso ante la Jurisdicción del Trabajo)*, Instituto García Oviedo, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1961. Del mismo autor: "La reclamación previa en los procesos de seguridad social", op. cit.

³⁴⁴ Como una aceptación de que la reclamación previa retrasa el acceso a la jurisdicción y haciendo una exégesis a contrario sensu de que la reclamación previa se debe justificar en una función de control de la ilegalidad administrativa manifestada en la inacción e inactividad, y por ello procurar la eliminación de un obstáculo que le traiga al particular un retraso injustificado, citamos la resolución del Tribunal Constitucional 1989/60, de 16 de marzo de 1989, N° 60/1989, ponente: Luis López Guerra, que en lo conducente expresa: "La reclamación administrativa previa se justifica especialmente, en razón de las especiales funciones y tareas que la Administración tiene encomendadas por el ordenamiento constitucional. **Retrasa, indudablemente, el acceso a la jurisdicción**, pero al estar debidamente justificada, no es una exigencia contraria al artículo 24.1 de la Constitución (STC 21/1986 de 14 de febrero)." (El destacado no pertenece al original)

Administración a su debido cumplimiento, sin que esto se convierta en un obstáculo que impida la acción de la justicia. De no hacerse dicho requerimiento, oportunidad tendrá la Administración en vía judicial para discutir dentro del proceso -si razón lleva en ello-, el derecho que se alegue como infringido, ya que un derecho que puede parecer evidente al particular, talvez luego no lo sea.

Lo que se busca en primera instancia es la protección del acceso del particular al proceso, luego de admitida la demanda habrá oportunidad de discutir el fundamento de su pretensión y si existe realmente inacción administrativa que lesione sus derechos e intereses legítimos . El problema de nuestro contencioso dice VILLAGÓMEZ CEBRIÁN,³⁴⁵ radica en la urgente necesidad de adaptarlo a los requerimientos constitucionales y a las demandas sociales, configurando un proceso ágil y eficaz encaminado a satisfacer las necesidades del justiciable.

Reiteramos, no por una eliminación total del presupuesto sino por una regulación como ejercicio potestativo según sean los casos, ello en virtud de que algunos casos podrían, mediante el analizado reclamo previo del particular, ser resueltos en vía administrativa sin accionar el complejo aparato contencioso con el consiguiente coste para el sistema.³⁴⁶

³⁴⁵ VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, Alfonso, "Crisis y renovación en el contencioso-administrativo español", *op. cit.*, p.300.

³⁴⁶ Véase GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *La reforma de la Legislación Procesal Administrativa*, *op. cit.*, p. 46, quien expresa lo siguiente: "Bien está que se admita la posibilidad de acudir al recurso administrativo, cuando exista alguna esperanza de que, a través de él, la

Posición esta última que resulta más radical en palabras de BELTRÁN DE FELIPE, para quien el requisito debe desaparecer y no entorpecer el procedimiento. Señala que: "el trámite ante la propia Administración, como condición indispensable para acceder a la justicia, estaría en trance de desaparecer (o de ser cuestionado), pues además de ser dudosamente útil para nadie -ni siquiera para la propia Administración- es un obstáculo injustificado que no hace sino retrasar y entorpecer la protección jurisdiccional efectiva que la Constitución garantiza a los ciudadanos, de manera que su mantenimiento (o al menos su mantenimiento absoluto) en el vigente ordenamiento no parece sea constitucional."³⁴⁷

En los casos de inactividad administrativa, en los cuales pareciera desprenderse siempre más una inercia de actuaciones, que escasez e imposibilidad de medios, consideramos que el requisito resulta ser innecesario y no sería contemplativo de una voluntad y consecutiva de la tutela judicial efectiva, de allí que deba ser facultativo, además traemos a colación una jurisprudencia genérica de eliminación de obstáculos que detengan en alguna medida una plena protección jurisdiccional, citamos en lo conducente la Sentencia del Tribunal Constitucional 90/1983 de 7 de noviembre, que reza lo siguiente:

Administración pública abandone su tradicional terquedad. Pero no obligar en todo caso a la interposición, demorando inútilmente la incoación del proceso".

³⁴⁷ **BELTRÁN DE FELIPE, Miguel**, "Las exigencias constitucionales de una nueva concepción del contencioso-administrativo", en Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría, Editorial Civitas, Madrid, 1991, p. 3099.

*"Constitucionalmente no son admisibles aquellos obstáculos que pueden estimarse excesivos, que sean producto de un innecesario formalismo y que no se compagine con el derecho a la justicia o que no aparezcan justificados y proporcionados conforme a las finalidades para las que se establecen, que deben ser en todo caso, adecuadas al espíritu constitucional, siendo en definitiva el juicio de razonabilidad y proporcionalidad el que resulta trascendente."*³⁴⁸

En todo caso, siendo conscientes de que su eliminación sería sumamente difícil por las características propias de nuestro entorno jurisdiccional y porque senda jurisprudencia han señalado la compatibilidad de la exigencia con el artículo 24.1 constitucional,³⁴⁹ abogamos primero, porque el

³⁴⁸ Cfr. **GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús**, "Los obstáculos del acceso a la Justicia Administrativa", en Revista española de Derecho Administrativo, Nº 83, julio-septiembre 1994, p. 374.

³⁴⁹ Véase entre otras Sentencia del Tribunal Constitucional 1993/355, de 29/11/1993, Ponente: Eugenio Díaz Eimil, en donde cita otras resoluciones judiciales de importancia para el tema. En lo conducente manifiesta: "Existe también un amplio acervo jurisprudencial acerca de la compatibilidad del art. 24.1 de la C.E. (RCL 1978/2836 y ApNDL 2875) con el establecimiento de requisitos previos que acceden a la jurisdicción como es la reclamación administrativa previa. De un lado, porque en ningún caso excluye el conocimiento jurisdiccional de la controversia, sino que meramente aplaza la intención de los órganos judiciales. De otro, porque el obstáculo obedece a razonables finalidades de protección de otros bienes o intereses constitucionales; en efecto, al poner en conocimiento de la Administración el contenido y fundamento de la pretensión, se le da la oportunidad de resolver directamente el litigio, evitando así la vía judicial [SSTC 21/1986 (RTC 1986/21), 60/1989, 217/1991 (RTC 1991/217), 70/1992 (RTC 1992/70), 165/1993 (RTC 1993/65), 120/1993 (RTC 1993/120) y 122/1993 (RTC 1993/122)]." (Los destacados pertenecen al original). También RTC 1991/217 de 14 de noviembre de 1991, Nº 217/1991, ponente: Fernando García-Mon y González Regueral, que en lo que interesa dicta: "Este Tribunal ha declarado reiteradamente la compatibilidad con el derecho a la tutela judicial efectiva de la exigencia de trámites previos al proceso, como son los de la conciliación o la reclamación administrativa previa [por todas, STC 60/1989 (RTC 1989/60)... De un lado, porque en ningún caso excluyen el conocimiento jurisdiccional de la cuestión controvertida, ya que únicamente suponen un aplazamiento de la intervención de los órganos judiciales; y, de otro, porque son trámites proporcionados y justificados, ya que su fin no es otro que procurar una solución extraprocesal de la controversia, lo cual resulta beneficioso tanto para las partes, que pueden resolver así de forma más rápida y acomodada a sus intereses el problema, como para el desenvolvimiento del sistema judicial en su conjunto que ve aliviada su carga de trabajo."

plazo que medie entre el reclamo a la entidad pública y la posibilidad de acción judicial, se reduzca (ya que el plazo propuesto de tres meses resulta ser desmedido) y que bajo un principio de proporcionalidad y razonabilidad pueda establecerse un plazo que conlleve la real solución a aquellos casos de inactividad que demanden una acción inmediata; segundo, abogamos porque el requerimiento previo sea hecho por el órgano jurisdiccional que tenga a su cargo la causa, éste contendría la demanda hecha por el particular con los cargos hechos (omisiones incurridas) y daría traslado inmediato y estableciendo un tiempo perentorio de respuesta, ya sea para que la Administración reconozca su deber y lo lleve a cabo también en un tiempo perentorio, o bien para que manifieste su inconformidad con la pretensión y argumente su omisión de respuesta y su negativa de actuación.³⁵⁰

De esta forma, el posible cumplimiento por parte de la Administración y rectificación de la inactividad, estaría más asegurada siendo un órgano judicial el que requiera.

³⁵⁰ Cfr. **FENOR DE LA MAZA Y CORNIDE-QUIROGA, Ángel**, *Nuevas perspectivas en el Proceso Contencioso-Administrativo (Las Medidas Cautelares)*, op. cit., pp. 194 y ss.

CAPÍTULO VI

PROCEDIMIENTO

CAPÍTULO VI

PROCEDIMIENTO

SECCIÓN I. PLAZO PARA LA INTERPOSICIÓN DEL RECURSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO CONTRA LA INACTIVIDAD MATERIAL ADMINISTRATIVA.

I. INICIACIÓN DEL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

De previo al análisis del plazo que establece la propuesta legislativa para la interposición del recurso contencioso-administrativo, así como del plazo de "espera" que debe mediar entre la fecha de la reclamación previa al ente administrativo y la apertura a la vía contencioso-administrativa, se hace necesario efectuar algunos esbozos doctrinales, en relación al acto mediante el cual se considera el inicio del proceso jurisdiccional.

En términos doctrinales generales, el acto de interposición de la demanda, es el acto que abre el proceso contencioso administrativo, permitiendo el acceso del administrado a una tutela jurisdiccional, razón de ser de todo sistema de derecho.

Este "acto de iniciación del proceso" se deduce claramente del artículo 57.1 de la vigente Ley de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y 45.1 del proyecto de Ley, los cuales rezan lo siguiente:

"Artículo 57.1: El recurso contencioso-administrativo, cuando no sea la propia Administración autora del acto que lo motive quien lo interponga, se iniciará por un escrito reducido a citar el acto por razón del cual se formule y a solicitar que se tenga por interpuesto el recurso."

"Artículo 45.1: El recurso contencioso-administrativo se iniciará por un escrito reducido a citar la disposición, acto, inactividad o actuación constitutiva de vía de hecho que se impugne y a solicitar que se tenga por interpuesto el recurso, salvo cuando esta Ley disponga otra cosa."

Es por ello que, tal y como lo expresa GIMENO SENDRA, la interposición del recurso es, en consecuencia, el acto de postulación realizado por el sujeto mediante el cual solicita al órgano judicial administrativo, la iniciación del proceso y su consideración en él como parte.³⁵¹

Cuando el particular se encuentra en la posibilidad de deducir la demanda contencioso administrativa, transcurrido el plazo legal previsto para que así proceda, se abre la vía para el análisis jurisdiccional en relación con la

³⁵¹ GIMENO SENDRA, Vicente, MORENO CATENA, Víctor, GARBERÍ LLOBREGAT, José y GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolás, *Curso de Derecho Procesal Administrativo*, op. cit., p. 192.

pretensión querida por el particular, que en nuestro caso lo será la inactividad material administrativa.

Como bien señala GUASP,³⁵² la demanda es, procesalmente hablando, el acto típico y ordinario de iniciación procesal. Así, la demanda es un acto procesal de especial significación: en la misma, el actor fundamenta su pretensión y solicita la aplicación del Derecho a su favor; repárese entonces - dirá ESCUSOL BARRA-, en la especial significación de la demanda, que como acto procesal del actor, va encaminada a obtener la tutela judicial efectiva.³⁵³

El asunto radicará en determinar si el plazo que debe esperar el administrado para tener acceso a la vía jurisdiccional, resulta "razonable" a la luz de una tutela judicial efectiva, a un principio de seguridad jurídica y a un principio de un proceso sin dilaciones indebidas, tal y como es expresamente indicado por la misma Constitución Española y pilar sobre el que descansa nuestro Estado de Derecho (artículo 24.2), así como también si el plazo para que opere la caducidad de la acción, resulta unitario a una verdadera efectividad de la justicia.

³⁵² GUASP, Jaime, *Derecho procesal civil*, T. I, IEP, Madrid, 1968, p. 299, citado por **ESCUSOL BARRA, Eladio** y **RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ, Jorge**, *Derecho Procesal Administrativo*, op. cit., p. 386.

³⁵³ *Ibidem*, p. 387.

II. LA RECLAMACIÓN PREVIA Y EL PLAZO PARA DEDUCIR EL RECURSO.

Como se señaló en el capítulo anterior, referido a la formulación del requerimiento o reclamación previa -de conformidad con el proyecto de ley de repetida cita-, éste se constituye en presupuesto procesal de acceso a la vía jurisdiccional contra la Administración Pública obligada a realizar la actividad omitida, quedando de esta forma vedada la posibilidad de acudir directamente a la vía procesal, sin que de previo a la interposición del recurso o presentación de la demanda, el particular gestione, reclame o requiera a la Administración el debido cumplimiento de lo que pretende. En otras palabras, quiere esto decir, que dé una "última oportunidad" a la Administración para que cumpla su obligación o bien llegue a un acuerdo satisfactorio con los interesados sin necesidad de la intervención judicial, tal y como lo señal expresamente el artículo 29.1 del proyecto de Ley.³⁵⁴

Como expresan GARCÍA DE ENTERRÍA y RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ (aunque referido a la solicitud de denegación presunta, pero aplicable en la especie a lo analizado), el requerimiento funciona como una advertencia susceptible de alertar al órgano administrativo competente de los riesgos

³⁵⁴ "Artículo 29.1: Cuando la Administración, en virtud de una disposición general que no precise de actos de aplicación o en virtud de un acto, contrato o convenio administrativo, esté obligada a realizar una prestación concreta en favor de una o varias personas determinadas, quienes tuvieren derecho a ella pueden reclamar de la Administración el cumplimiento de dicha obligación. Si en el plazo de tres meses desde la fecha de la reclamación, **la Administración no hubiera dado cumplimiento a lo solicitado o no hubiera llegado a un acuerdo con los interesados**, éstos pueden deducir recurso contencioso-administrativo contra la inactividad de la Administración." (El destacado es nuestro)

inherentes de su inactividad a fin de permitirle abortar esos riesgos (nada baladís, por supuesto, en los casos en que a la inactividad se ligan por el artículo 43 efectos estimatorios de la petición del interesado).³⁵⁵

A partir de este presupuesto procesal, la norma computa un plazo para que el administrado perjudicado con la inactividad administrativa, pueda llegar a la vía jurisdiccional a demandar el debido cumplimiento del deber administrativo omitido.

Por tanto, posterior a la reclamación del particular a la Administración, es que corre el plazo para que ésta actúe (llamaremos a este plazo: plazo para el debido cumplimiento de la Administración), bien mediante el cumplimiento material de lo solicitado, bien mediante acuerdo con los interesados; y a partir de este término, correría el cómputo el plazo para que el sujeto o administrado formalice, deduzca o interponga el recurso administrativo correspondiente, so pena de la caducidad de la acción.

Con lo anterior y de conformidad con el proyecto de Ley tantas veces citado de fecha 8 de abril de 1998, se establecen dos tipos de plazos en que el particular afectado con la inactividad, debe esperarse para poder deducir recurso contencioso-administrativo. Uno aplicable a supuestos en los que no

³⁵⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón, Tomo I, *op. cit.*, p. 594.

exista acto administrativo previo y otro para supuestos que se deriven de actos previos, firmes e inejecutados.

1. Plazo propuesto para casos de supuestos de inactividad material sin acto previo.

El primer caso, se establece mediante el artículo 29.1 del citado proyecto en el que se señala que el plazo para deducir recurso contencioso-administrativo contra la inactividad material administrativa en virtud de norma general que no precise de actos de aplicación o en virtud de un acto, contrato o convenio administrativo (inexistencia de acto previo firme), será de tres meses contados a partir de la fecha de la reclamación a la Administración.

A mayor ahondamiento precisa la norma de referencia:

*"Cuando la Administración, en virtud de una disposición general que no precise de actos de aplicación o en virtud de un acto, contrato o convenio administrativo, esté obligada a realizar una prestación concreta en favor de una o varias personas determinadas, quienes tuvieran derecho a ella pueden reclamar de la Administración el cumplimiento de dicha obligación. **Si en el plazo de tres meses desde la fecha de la reclamación, la Administración no hubiera dado cumplimiento a lo solicitado o no hubiera llegado a un acuerdo con los interesados, éstos pueden deducir recurso contencioso-administrativo contra la inactividad de la Administración.**" (El destacado es nuestro)*

Así, un administrado perjudicado con la inacción administrativa, contará con un plazo de tres meses desde la fecha en que reclama a la Administración el cumplimiento de su deber, para acudir al órgano jurisdiccional en procura de tutela de sus derechos. En otras palabras, a partir de esos tres meses, correrá para el sujeto, el plazo general establecido en la Ley para poder interponer el recurso contencioso-administrativo correspondiente, plazo que el proyecto de Ley (artículo 46.1) sitúa en dos meses, mismo plazo que se encuentra señalado en la legislación actual para casos de actos expresos (artículo 58.1 Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa vigente), norma que dicta lo siguiente:

"El plazo para interponer el recurso contencioso-administrativo será de dos meses, contados desde el día siguiente a la notificación del acuerdo resolutorio del recurso de reposición si es expreso."

Si nos remitimos al proyecto de Ley presentado en el mes de junio de 1997, vemos que en su artículo 28 no se hacía ninguna diferenciación de plazos para que el administrado pueda acudir al órgano judicial, por el contrario, unificaba todos los supuestos de inactividad material (que han sido analizados en el capítulo segundo de la presente investigación, esencialmente en relación a peticiones en los que previamente no existe acto administrativo alguno y peticiones en los que lo que se da es la inexecución misma de actos

administrativos) a un plazo de tres meses a partir de la reclamación previa para acudir a los Tribunales.

2. Plazo propuesto para casos de supuestos de inactividad material con acto previo, firme e inejecutado.

A pesar de lo dicho en el punto precedente, la propuesta que arroja el Pleno del Congreso de los Diputados en su sesión del día 26 de marzo de 1998, la norma aludida (28 en la versión de 1997 y 29 en la nueva mención) varía la situación añadiéndole acertadamente, un nuevo inciso al artículo, diferenciando la determinación del plazo a partir del cual puede el particular deducir la demanda ante el órgano jurisdiccional, según se trate de casos de inactividad material por inejecución de actos administrativos firmes (inciso 2) o de disposiciones generales que no precisen de actos de aplicación o bien en virtud de un acto, contrato o convenio administrativo (inciso 1).

La distinción hecha se fundamenta en la instauración de un plazo menor (un mes) para aquellos casos en que el particular cuente con un acto previo, expreso, firme y declarado, quizá en una consideración mayor de los proponentes del proyecto, cuando sólo falte la ejecución material.

El someter estos casos al plazo del inciso 1, de tres meses resultaría ilógico desde la perspectiva de la protección jurisdiccional de sus derechos e intereses legítimos, tomando en consideración que el derecho alegado por el

particular se encuentra firme. A este tenor, dicta el párrafo segundo del artículo 29 ya aludido:

*"2. Cuando la Administración no ejecute sus actos firmes podrán los afectados solicitar su ejecución y si ésta no se produce **en el plazo de un mes desde tal petición podrán los solicitantes formular recurso contencioso-administrativo**, que se tramitará por el procedimiento abreviado regulado en el artículo 78." (El destacado no pertenece al original)*

Es tal vez esta segunda regulación la que introduce en términos generales, lo que hasta el momento hemos venido propugnando, en cuanto a la especial consideración de casos en los que debe intervenir una decidida abreviación de los plazos cuando de procesos ejecutivos se trate, ya que ante la existencia de un acto administrativo, firme e inejecutado se traslada la demanda para ser tramitada en un proceso abreviado (tema sobre el que nos ocuparemos someramente en la Sección II de este capítulo por la novedad que introduce).

Valga asimismo indicar que, lo que se establece con esta nueva regulación es el reconocimiento expreso del derecho del administrado, basado en la necesidad de establecer un instrumento judicial eficaz y de tramitación rápida, a fin de obligar a la Administración a que adopte los actos materiales necesarios, destinados a ejecutar acuerdos o resoluciones firmes y definitivos, verbigracia: actos de reconocimiento de pagos de intereses, actos de ejecución

de medidas para proteger el medio ambiente o para evitar molestias insalubres, nocivas o peligrosas, etc.

De este modo, el plazo varía según se trate de inactividad material sin actos previos (disposiciones generales que no precisen de actos de aplicación o en virtud de un acto, contrato o convenio administrativo) e inactividad material cuando sea por actos administrativos inejecutados y firmes, siendo como se indicó anteriormente, un plazo de tres meses para el primer caso y un mes para el segundo.

3. Plazo para que opere la caducidad de la acción contencioso-administrativa tratándose de casos de inactividad material.

Analizados los plazos dados normativamente que el administrado debe esperar a fin de que la Administración cumpla, con el fin de que le quede abierta la vía contencioso-administrativa, de conformidad con el proyecto de Ley, valga decir solamente, por carecer de novedad, que el plazo para que un administrado se encuentre posibilitado a recurrir contra la Administración y no se produzca la caducidad de la acción perdiendo su derecho a ello, queda inalterado en la propuesta legislativa, ya que se establece (artículo 46.2) que el mismo es de dos meses contados a partir del vencimiento del plazo indicado en el artículo 29 (es decir, de tres y un mes respectivamente).

A a letra dice el artículo 46.1 y 2:

"1. El plazo para interponer el recurso contencioso-administrativo será de dos meses contados desde el día siguiente al de la publicación de la disposición del acto que ponga fin a la vía administrativa, si fuera expreso. Si no lo fuera, el plazo será de seis meses y se contará, para el solicitante y otros posibles interesados, a partir del día siguiente a aquél en que, de acuerdo con la normativa específica, se produzca el acto presunto.

*2. En los supuestos previstos en el artículo 29, **los dos meses se contarán a partir del día siguiente al vencimiento del plazo señalado en dicho artículo.**" (El destacado es nuestro)*

III. DISCUSIÓN EN RELACIÓN AL EXCESO EN EL PLAZO ESTIPULADO EN EL ARTÍCULO 29 DEL PROYECTO DE LEY.

Sin detrimento de lo expresado líneas atrás respecto al requerimiento previo, si bien podría resultar lógico que el interesado en deducir recurso contencioso administrativo contra la inactividad administrativa tenga que reclamar previamente a la Administración el cumplimiento de sus cometidos, con el fin de no poner en marcha el aparato jurisdiccional si la Administración tiene aún la posibilidad de cumplimiento, no resulta lógico que se señale un plazo tan prolongado de tres meses de espera para permitirle al administrado poder acudir a la vía contencioso-administrativa a formular demanda contra la Administración Pública incumpliente para casos comprendidos en el inciso 1 del artículo 29 o bien de un mes para casos de actos firmes inejecutados.

Lo que opera en la especie, es un verdadero obstáculo de acceso a la justicia,³⁵⁶ ya que el particular aparte de sufrir la inactividad primaria de la Administración violentando sus derechos de ejecución material tendrá que esperarse un plazo de tres meses más o un mes más (según sea el supuesto), para interponer recurso contencioso-administrativo, lo que aparejaría en muchos de los casos, un grave perjuicio a sus intereses y derechos, en especial cuando de casos de urgencia se trate (verbigracia: requerimientos de seguridad social),³⁵⁷ porque ya ha quedado debidamente plasmado en esta investigación, lo que le interesa prioritariamente al administrado perjudicado es la inmediata ejecución material del deber administrativo y el paso del tiempo puede suponer perfectamente la extinción del derecho base de la pretensión del sujeto. A esto último va íntimamente relacionado, que el establecer un plazo que resulta en demasía, es denegar implícitamente un proceso judicial sin dilaciones indebidas (artículo 24.1 Constitución Española),³⁵⁸ salvando un

³⁵⁶ Señala **SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso**, "El problema de los plazos en el recurso contencioso-administrativo. ¿Prescripción o caducidad?", en Revista de Administración Pública, Nº 58, enero-abril 1969, p. 208 y refiriéndose a causas de formalidad del recurso contencioso administrativo y a la necesidad de menos rigor en la consideración de las pretensiones de los administrados, que: "Evidentemente, los Tribunales contenciosos no han sido instituidos para conferir la razón a ultranza a los administrados, sino para dictar sentencias justas; pero ello exige cuando menos que los recursos sean examinados en todos sus extremos y desde todas sus perspectivas lo cual se halla en manifiesta contradicción con la técnica de las causas de inadmisibilidad que, ciertamente, poseen una justificación positiva plenamente correcta pero que, en el fondo, no son otra cosa que puras y simples denegaciones de justicia." (El destacado es nuestro)

³⁵⁷ En este sentido **SANTAMARÍA PASTOR** (citado por **DELGADO BARRIO, Javier**, "Crisis de la Justicia: El proceso administrativo" en Crisis de la Justicia y Reformas Procesales, I Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1988, p. 414), apunta con clara contundencia que: "en el momento actual es forzoso reconocer, aunque nos duela, que la gran masa de ciudadanos no ve ni siente el contencioso como un instrumento efectivo de protección frente a las arbitrariedades de una Administración todopoderosa".

³⁵⁸ Cfr. **LORENZO JIMÉNEZ, José Vicente**, *Reflexiones sobre el proceso contencioso-administrativo*, op. cit., pp. 45 y ss.

plazo mínimo para dar una última oportunidad al órgano administrativo a fin de poner coto a la inacción

1. Plazo estatuido en el artículo 29.1 del proyecto de Ley y su relación con el plazo general dado para la denegación presunta.

El plazo de los tres meses que se señalan en el artículo 29.1 del proyecto de Ley, resulta ser, en un paralelismo normativo, el mismo que el ordenamiento estipula como plazo general para que se produzca la denegación presunta (artículo 42.2 Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común), lo que viene a significar en términos generales, que a pesar de la protección y tutela que podría constituir la nueva figura a fin de atacar directamente la inactividad administrativa, se le niega al particular un acceso a la vía jurisdiccional rápido y eficaz que tutele verdaderamente sus derechos e intereses legítimos,³⁵⁹ quedando en pura teoría la fundamentación misma que se le pretende dar a éste nuevo recurso, de constituir un remedio para el administrado y un arma efectiva para el ciudadano, a fin de combatir las ilegalidades que cometa la Administración Pública mediante la dilación de actuaciones.³⁶⁰

³⁵⁹ Como lo apunta claramente la exposición de motivos del proyecto de Ley presentado en 1997: "(...) es evidente que una justicia tardía o la meramente cautelar no satisfacen el derecho que reconoce el artículo 24.1 de la Constitución".

³⁶⁰ Siendo un hecho que desde siempre la vía jurisdiccional se ha caracterizado por la lentitud en su actuar sumada a los perjuicios que ya le causa al administrado la inercia administrativa, como lo expone **DELGADO BARRIO, Javier**, "Crisis de la Justicia: El proceso administrativo", *op. cit.*, p. 413, al decir que: "(...)se destaca una desesperante lentitud que amenaza con destruir o hacer inoperantes los avances seguidos en los últimos años (...) Esta lentitud ha sido plenamente advertida por el legislador que repetidamente viene intentando remediarla con reformas parciales a todas luces insuficientes y, por tanto, inevitablemente condenadas al fracaso". Por ello, cualquier reforma que se plantee a fin de darle verdadero contenido a la tutela judicial efectiva, debe ir aparejada a un aumento del número de jueces que resuelven. Es

Así y sin mayores ahondamientos, con el fin de ver el plazo que opera en la actual normativa para casos de denegaciones presuntas, el artículo 42.1 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, señala la obligación que tienen todas las Administraciones de resolver, apuntando al efecto y en lo conducente lo siguiente:

"La Administración está obligada a dictar resolución expresa sobre cuantas solicitudes se formulen por los interesados así como en los procedimientos iniciados de oficio cuya instrucción y resolución afecte a los ciudadanos o a cualquier interesado."

De esta norma resulta, como principio general, la obligación de la Administración Pública de resolver toda solicitud que le sea sometida por parte del Administrado, dictando resolución expresa, generándose de ello la figura del silencio administrativo (utilizando la denominación **actos presuntos**),³⁶¹ figura que abre la vía contencioso administrativa para demandar a la Administración,³⁶² cosa que no ocurre en el régimen actual en relación con la inactividad material.

de parecido criterio: **GÓMEZ DE LIAÑO Y GONZÁLEZ, Fernando**, "Notas sobre la Reforma del Proceso Contencioso-Administrativo", en Crisis de la Justicia y Reformas Procesales, *op. cit.*, pp. 437 y ss.

³⁶¹ Véase **GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo** y **FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón**, *Curso de Derecho Administrativo*, T. I, *op. cit.*, p. 591.

³⁶² Cfr. **GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús**, "Los obstáculos del acceso a la Justicia administrativa", *op. cit.*, p. 370, al decir que: "Si la Administración no contestare en el plazo de tres meses, no tiene sentido entender aplicable la regla general del silencio administrativo positivo (art. 43.2 LRJPA); no obstante, podría solicitarse la certificación regulada en el artículo 44 LRJPAC, a fin de que quede abierta la vía contencioso-administrativa, de acuerdo a lo dispuesto en el número 5 de este artículo." En este sentido, el profesor GONZÁLEZ PÉREZ propone que en casos de

Reza el artículo 42.2 ley vigente:

*"El plazo máximo para resolver las solicitudes que se formulen por los interesados será el que resulte de la tramitación del procedimiento aplicable en cada caso. Cuando la norma de procedimiento no fije plazos, **el plazo máximo de resolución será de tres meses.***

Cuando el número de solicitudes formuladas impidan razonablemente el cumplimiento de los plazos previstos en el procedimiento aplicable o el plazo máximo de resolución, el órgano competente para instruir o, en su caso, resolver las solicitudes, podrá proponer la ampliación de los plazos que posibilite la adopción de una resolución expresa al órgano competente para resolverlo, en su caso, al órgano jerárquicamente superior

La ampliación de los plazos a que se refiere este artículo no podrá ser superior al plazo inicialmente establecido en la tramitación del procedimiento.

Contra el acuerdo que resuelva sobre la ampliación de plazos no cabrá recurso alguno." (El destacado no pertenece al original)

Finalmente, cabe hacer mención a una modificación importante que sufre la legislación actual en su artículo 58.2 y que por escaparse a nuestro objeto de investigación, sólo dejaremos anotada, norma mediante la cual el

urgencia, por los perjuicios que podría ocasionar la actuación material, lo aconsejable es acudir a la vía interdictal ante el Juzgado del orden jurisdiccional civil competente.

plazo para interponer recurso contencioso-administrativo, tratándose de actos no expresos (silencio administrativo-inactividad formal) se estipula en un año contados a partir del día siguiente a aquél en que se entienda desestimada la petición. Situación normativa que varía sustancialmente en el artículo 46.1 del proyecto citado, en el cual el plazo se reduce en seis meses a partir del día siguiente a aquel en que, de acuerdo con su normativa específica, se produzca el acto presunto, todo lo cual produce una merma en el final derecho del administrado para acceder con garantía a los Tribunales de Justicia.

2. No equiparación del artículo 29 del proyecto de Ley con el acto presunto.

Al no especificar norma 29 del proyecto de Ley nada acerca del artículo 44 de la Ley 30/1992 (certificación de actos presuntos),³⁶³ se infiere la voluntad expresa del legislador de no equiparar la figura de la inactividad material a la figura del acto presunto, y por tanto, no se hace necesaria la certificación aludida a efectos de acceso a la vía jurisdiccional, lo que constituye, en tesis de principio un paso en la efectividad en la tutela judicial.³⁶⁴

³⁶³ "Artículo 44: 1. Los actos administrativos presuntos se podrán hacer valer tanto ante la Administración como ante cualquier otra persona, natural o jurídica, pública o privada. 2. Para su eficacia, los interesados o la propia Administración deberá acreditar los actos presuntos mediante certificación emitida por el órgano competente que debió resolver expresamente el procedimiento, que deberá extenderla inexcusablemente en el plazo de veinte días desde que le fue solicitada salvo que en dicho plazo haya dictado resolución expresa, sin que se pueda delegar esta competencia específica..."

³⁶⁴ Certificación que vendrá a ser el documento acreditativo de la situación de inacción formal para acceder al contencioso administrativo. Como lo señala **GIMENO SENDRA, Vicente, MORENO CATENA, Víctor, GARBERÍ LLOBREGAT, José y GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolás**, *Curso de Derecho Procesal Administrativo*, op. cit., p. 163, "Aunque el simple incumplimiento del plazo para resolver produce como efecto el nacimiento del acto presunto, el artículo 44 LRJPA atribuye al interesado la carga de solicitar a la Administración una certificación acreditativa del acto ficticio para que dicho acto pueda hacerse valer frente a la propia Administración o frente a cualquier otra persona, física o jurídica, pública o privada."

Así las cosas, vencido el plazo estipulado en la norma, podrá el administrado acceder directamente a la vía jurisdiccional a demandar lo que en derecho proceda contra la Administración Pública; sin embargo, tanto en una u otra situación por la naturaleza misma de las figuras, al final, el ciudadano obtendrá como resultado un grave perjuicio a sus intereses y derechos con el paso del tiempo como premisa, porque tal y como señala SANTAMARÍA PASTOR, más bien el formalismo del proceso contencioso administrativo da origen a una tendencia jurisprudencial, "que ha supuesto una extraordinaria hipertrofia de la técnica de la inadmisibilidad".³⁶⁵

IV. UNA SALIDA PARALELA ANTE LA ESTIPULACIÓN DEL PLAZO DE TRES MESES PARA LA IMPUGNACIÓN (ART. 29.1 PROYECTO DE LEY).

Si bien es cierto que el plazo de tres meses que estipula la norma de comentario, resulta ser evidentemente perjudicial dentro de un sistema de garantías y tutela judicial efectiva a fin de formular recurso contencioso-administrativo ante los Tribunales, de regularse efectivamente las medidas cautelares positivas y previas a la iniciación del proceso,³⁶⁶ en cierta forma se

Véase además **ESCUSOL BARRA, Eladio** y **RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ, Jorge**, *Derecho Procesal Administrativo*, op. cit., p. 349. También **ENDEMAÑO ARÓSTEGUI, José María**, "Los actos administrativos presuntos", en *Revista Vasca de Administración Pública* N° 43, septiembre-diciembre 1995, pp. 23-48.

³⁶⁵ **SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso**, "El problema de los plazos en el recurso contencioso-administrativo. ¿Prescripción o caducidad?", op. cit., p. 106. A pesar de que éste autor considera que el papel a desarrollar está en nuestros jueces por medio de la jurisprudencia, expresa que: "no cabe duda que el tema del acceso al recurso contencioso es quizá el que reclama más perentoriamente la intervención del legislador".

³⁶⁶ Tema que será tratado en el Capítulo VII de la presente investigación.

paliaría la necesidad de un plazo menor de espera, evitando que el derecho del sujeto demandante quede sin contenido ni efecto.

Si el administrado, aún cuando no pueda interponer la demanda contencioso administrativa por no haber transcurrido el plazo de los tres meses desde que efectúa el requerimiento previo a la Administración incumpliente, solicita la aplicación previa de medidas cautelares positivas en el momento en que pueda deducir la demanda (según sea la urgencia del caso determinada casuísticamente por los Jueces y Tribunales), su derecho no se hará nugatorio y la esperanza y fe en el sistema de justicia quedará inalterable.

Además, porque somos conscientes de una gran realidad que vive nuestro entorno jurisdiccional (del cual no escapa el contencioso administrativo, por el contrario, quizá es la vía más contagiada de multiplicidad de casos que ven su entrada en los Tribunales) aún cuando redujéramos al máximo los plazos para acceder a la justicia no existiría la capacidad material de nuestros jueces para resolver los litigios con la celeridad y eficacia que los derechos ciudadanos merecen.

Así y en su oportunidad, lo ponía de manifiesto el Magistrado DELGADO BARRIO (pero con goce pleno de vigencia en la realidad actual proporcionando una situación fáctica verdaderamente desalentadora), al decir que: "...suponiendo que cada Magistrado redactase una sentencia diaria,

incluidos domingos, festivos y mes de agosto, no se lograría en un año terminar un número de asuntos igual al número de recursos que se incoan."³⁶⁷

SECCIÓN II . PROCEDIMIENTOS APLICABLES.

I. PROCEDIMIENTO ABREVIADO.

La última versión del proyecto de Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa -aprobada por el pleno del Congreso de los Diputados el pasado 8 de abril de 1998-, introduce una novedosa regulación normativa, llamada: "proceso abreviado" (artículo 78), la cual, si bien se encuentra regulada directamente para otros ámbitos de competencia jurisdiccional (de conformidad con los artículos 8 y 9) -normas donde no se menciona la inactividad material administrativa-, es el artículo 29.2 quien viene a darle expresa y directa aplicación a este procedimiento abreviado a aquellas impugnaciones basadas en casos de inactividad material administrativa por inejecución de actos administrativos.

La norma en mención, es clara en remitir la sustanciación de recursos contencioso-administrativos que se interpongan con motivo en la inactividad dicha en el párrafo anterior, de acuerdo con el artículo 78 del mismo proyecto.

³⁶⁷ **DELGADO BARRIO, Javier**, "El proceso administrativo (Una regulación excelente y un resultado decepcionante)", *op. cit.*, p. 415.

A mayor claridad, señala el artículo 29.2:

*"Cuando la Administración no ejecute sus actos firmes podrán los afectados solicitar su ejecución y si ésta no se produce en el plazo de un mes desde tal petición **podrán los solicitantes formular recurso contencioso-administrativo, que se tramitará por el procedimiento abreviado regulado en el artículo 78.**"* (El destacado es nuestro)

Por su parte, el artículo 78 reduce el plazo para la tramitación del recurso contencioso facilitando en cierta forma el acceso a la vía jurisdiccional. En este sentido, en aplicabilidad de la disposición referente a la inactividad por inejecución de actos, podemos decir que, con el procedimiento propuesto se llega a "mejorar" la tramitación de éste tipo de ilegalidades administrativas en cuanto a un proceso sin dilaciones indebidas, no así a "resolver" y "combatir" de forma efectiva la inactividad, en razón de que si nos enfrentamos a casos de imperiosa necesidad o urgencia, en donde el derecho del administrado esté en inminente peligro de desaparecer por la inercia administrativa, la reducción de plazos no resulta ser lo sustancialmente acorde con una tutela judicial efectiva propugnada constitucionalmente; sin embargo, en este orden somos conscientes de las imposibilidades materiales que existen en el sistema y de que una respuesta inmediata a todas las necesidades ciudadanas resultaría casi imposible. Pero por lo que sí propugnamos, es porque en todo caso el acceso a la justicia siempre sea abanderado por un abandono de exceso de formalismos que puedan sacrificar el fondo por la forma, todo, con el fin de dar

una mayor flexibilidad al ordenamiento jurídico que permita con mayor libertad el cumplimiento de los fines de la justicia, que es a fin de cuentas, la razón de ser de todo el sistema jurisdiccional.

El procedimiento abreviado que se propone, está basado en los siguientes pasos:

1.- Pasado un mes desde el requerimiento o reclamación previa que debe efectuar el administrado, a fin de que la Administración ejecute sus actos administrativos firmes (a tenor de lo dispuesto por el artículo 29.2) y no habiendo obtenido la actuación administrativa debida, el administrado podrá deducir demanda contencioso administrativa debidamente fundamentada.

Lo anterior supone la existencia de una resolución administrativa previa que determine el otorgamiento del derecho solicitado (acto administrativo inexecutado); resolución u acto administrativo sujeto por tanto al Derecho Administrativo y emanado de órgano competente. Así, el acto debe ser potencialmente eficaz, es decir, no sujeto a condición suspensiva alguna, de responsabilidad directa de la Administración o que ésta tenga que "gestionar" ante un tercero para que se realice.

2.- Al recibirse la demanda por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo, se le dará traslado a la Administración demandada para que en el plazo de 15 días le dé debida contestación y proponga los medios de prueba que a su

derecho convengan (señala la norma propuesta, que en el mismo plazo remitirá el expediente administrativo, y notificará a cuantos interesados aparezcan en el expediente la iniciación del recurso mediante remisión de la demanda).³⁶⁸

3. Al recibirse la contestación por parte de la Administración, el Juzgado examina de oficio el cumplimiento de los requisitos procesales y remite el escrito de contestación y el expediente administrativo a la parte demandante y a los interesados que se hayan apersonado para que puedan hacer alegaciones en el acto del juicio oral (en el mismo auto resolverá sobre las proposiciones de prueba).³⁶⁹

4. Luego de esto, el Juzgado va a señalar día y hora para la celebración de un juicio oral que tendrá lugar dentro del término de sesenta días a contar desde la presentación de la demanda, aunque no se haya recibido la contestación a la demanda o el expediente administrativo.

5. En la celebración del juicio oral, se dará la palabra a las partes por su orden, a fin de que de forma sucinta expongan sus alegaciones (en nuestro caso trátase del acto administrativo inejecutado). Seguidamente, se practicarán las

³⁶⁸ En este sentido, los demandados que pudieren existir aparte de la Administración Pública, podrán apersonarse como tales en el plazo de quince días y formular en dicho plazo su contestación a la demanda y la proposición de prueba (artículo 78.3).

³⁶⁹ Especifica la norma que si el Juez advirtiese la existencia de defectos subsanables concederá el plazo de tres días para su subsanación. Si los defectos fueran insubsanables o no se subsanasen en plazo, el Juez ordenará lo que proceda según la parte a la que afecten. Si afectan al actor, se le tendrá por desistido del recurso; si afectan al demandado, se celebrará el juicio en su ausencia.

pruebas admitidas. Luego de practicadas éstas, las partes expondrán las conclusiones.

6.- El Juez podrá durante el juicio oral, invitar a las partes a que concreten los hechos y aclaren o puntualicen sus alegaciones. También podrá indicar a las partes la oportunidad de considerar cuestiones no suscitadas por ellas relativas al objeto del recurso.

7.- Finalmente, el Juez pasada esta audiencia oral dictará sentencia en el plazo de diez días desde la celebración del acto del juicio o desde que concluya el plazo de alegaciones sobre las pruebas realizadas fuera del mismo.

En nuestro criterio, en la resolución judicial que se emita, el Juez deberá fijar un término a la Administración (si se demostrara su incumplimiento) a fin de que cumpla indiscutiblemente su obligación (de hacer o de dar, es decir, proceso ejecutivo); en otras palabras, que despache las actuaciones en un plazo "prudencial" no dejando de ser "inmediato" según las circunstancias y naturaleza concretas de los derechos intervinientes.

El papel de juez es el de "exhortar" a los órganos de la Administración a que procedan a la ejecución material de su obligación. Así las cosas, en esta fase pueden darse los medios de ejecución forzosa a la misma Administración,

o bien que ella interponga ante un tercero, a fin de que cumpla con el acto obligado a realizar en beneficio de otro administrado.

Además, de "ejecutarse forzosamente" la resolución del Tribunal, debe pensarse en medios tales como: embargo de bienes muebles o inmuebles según los límites de la misma ley vigente, practica de anotaciones preventivas en los correspondientes registros según corresponda, subasta de bienes, siempre y cuando no sean bienes imprescindibles para el cumplimiento de funciones públicas o que su venta venga a contrariar el interés y fin público que ellos conlleven. También cabrían aquí las estipulaciones de multa, análogas a la obligación principal, amén de la consideración aleatoria y no sustitutoria de las indemnizaciones de daños y perjuicios que correspondan (a excepción de que el objeto del proceso ya hubiere dejado de existir), así como la responsabilidad personal de los funcionarios administrativos.

Como puede observarse, aquí el procedimiento resulta ser específico y expreso en cuanto a reducción de plazos se refiere y al debido cumplimiento de estos por parte de la Administración Pública en pos de una tutela judicial efectiva.

A pesar de ello, tal y como se indicó anteriormente, este procedimiento abreviado no resultaría eficaz en aquellos casos de derechos que por la imperiosa necesidad de ejecución no pueden esperar ni siquiera estos reducidos plazos. Es por ello que con el fin de paliar esta situación, la solución

radica en la posible adopción de medidas cautelares positivas y previas al proceso, tal como lo establece la misma normativa, mediante la cual con el escrito de interposición de la demanda el administrado lesionado con la inactividad administrativa puede pedir motivadamente la adopción de medidas cautelares (artículo 78.2), pudiendo ser estas solicitadas en cualquier momento del proceso -en virtud del artículo 129 (proyecto versión 1998)-³⁷⁰ con el fin de asegurar la efectividad de la sentencia.

Es más, tratándose de casos de inactividad administrativa la medida cautelar se podrá solicitar antes de la interposición del recurso (artículo 136 última versión),³⁷¹ tramitándose de conformidad con el artículo 135 (misma versión).³⁷² En tal caso, el interesado habrá de pedir su ratificación al interponer el recurso, lo que habrá de hacerse inexcusablemente en el plazo

³⁷⁰ "Artículo 129. 1. Los interesados podrán solicitar en cualquier estado del proceso la adopción de cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia. 2. Si se impugna una disposición general, y se solicitare la suspensión de la vigencia de los preceptos impugnados, la petición deberá efectuarse en el escrito de interposición o en el de demanda."

³⁷¹ "Artículo 136. 1. En los supuestos de inactividad o vía de hecho, la medida cautelar se adoptará salvo que se aprecie con evidencia que no se dan las situaciones previstas en los artículos 29 y 30 o la medida ocasione una perturbación grave a los intereses generales o de tercero, que el Juez ponderará en forma circunstanciada. 2. En los supuestos del párrafo anterior **las medidas también podrán solicitarse antes de la interposición del recurso**, tramitándose conforme a lo dispuesto en el artículo precedente. En tal caso el interesado habrá de pedir su ratificación al interponer el recurso, lo que habrá de hacerse inexcusablemente en el plazo de diez días a contar desde la notificación de la adopción de las medidas cautelares. En los tres días siguientes se convocará la comparecencia a la que hace referencia el artículo anterior. De no interponerse el recurso, quedarán automáticamente sin efecto las medidas acordadas, debiendo el solicitante indemnizar de los daños y perjuicios que la medida cautelar haya producido." (Lo evidenciado no pertenece al original)

³⁷² "Artículo 135. El Juez o Tribunal, atendidas las circunstancias de especial urgencia que concurran en el caso, adoptará la medida sin oír a la parte contraria. Contra este auto no se dará recurso alguno. En la misma resolución, el Juez o Tribunal convocará a las partes a una comparecencia, que habrá de celebrarse dentro de los tres días siguientes sobre el levantamiento, mantenimiento o modificación de la medida adoptada. Celebrada la comparecencia, el Juez o Tribunal dictará auto, el cual será recurrible conforme a las reglas generales."

de diez días a contar desde la notificación de la adopción de las medidas cautelares.

A mayor ahondamiento y sin detrimento de lo expuesto en el capítulo correspondiente, dicta textualmente la norma que posibilita la adopción de las medidas cautelares:

"Artículo 78.2.

*El recurso se iniciará mediante escrito de demanda a la que se acompañarán los documentos previstos en el artículo 45.2 y aquellos otros en que la parte demandante funde su derecho. Por otrosí podrá proponer los medios de prueba que a su derecho convengan y **podrá pedir motivadamente la adopción de medidas cautelares.**"*

(El destacado no pertenece al original)

De esta forma, al solicitarse la adopción de medidas cautelares, el juez dará traslado de la solicitud a la Administración demandada para que en una comparencia (a celebrarse en un plazo máximo de cinco días a partir de la notificación, pudiendo ser menor ya que la norma habla de "plazo máximo"), pueda alegar lo pertinente respecto a las medidas cautelares pedidas, debiendo el juez resolver en el mismo acto de la comparencia lo que corresponda, continuando el proceso en todo lo predicho.

De esta manera, el demandado puede tener una garantía de que si el objeto mismo de su derecho se encuentra en peligro de extinción ante el

transcurso del tiempo, al interponer el recurso contencioso administrativo se le otorgue la medida cautelar y se proteja el objeto del proceso. Tómese en cuenta que al llegar a esta fase procesal, ya ha pasado un mes y cinco días desde el requerimiento previo a la Administración, lo que, en cierto tipo de situaciones -totalmente casuísticas- puede ser un plazo de consecuencias perjudiciales a los derechos e intereses de los particulares.

Por otra parte, destacamos que igualmente este proceso lleva implícito en primera instancia un proceso declarativo y no ejecutivo, lo que resulta improcedente tratándose de casos de inexecución de actos administrativos en los cuales el derecho del sujeto particular ya se encuentra declarado y reconocido de previo por la misma Administración, requiriéndose únicamente de su materialización. La intervención del Juez se limitaría en cierta forma a otorgar un auxilio al administrado que se siente perjudicado con éste tipo de inacción, no siendo por tanto un debate contencioso del derecho del recurrente por encontrarse éste reconocido, ni siquiera es una revisión de la legitimidad del acto cuyo cumplimiento viola la Administración Pública, porque la legitimidad sería otro el momento y otra la vía para impugnarla.

El recurso debe necesariamente, materializarse en una directriz muy específica y en cierta forma de naturaleza "coactiva" pronunciada contra el órgano administrativo que produjo la violación al derecho del particular. Directriz que se traduce en una orden, bien sea de dar o de hacer.

Del poder que tenga ínsito esta orden, dependerá la garantía y protección judicial a los derechos e intereses legítimos ciudadanos.

En consecuencia, el proceso específico que trate la inactividad material administrativa, debe ser en todo sentido un proceso garantizador, con las exigencias de celeridad y de eficacia que también nuestra sociedad reclama, pues en un Estado de Derecho hay que otorgar la razón a quien efectivamente la tiene, en un período corto y razonable de tiempo, y que la tardanza de los procesos no hagan ilusorias la sentencias. De impregnarse la norma de esta filosofía, la garantía del artículo 24.1 hay que estimarla cumplida, en tanto se ilustre al administrado de su derecho a la interposición de un recurso contencioso administrativo cuando se sienta lesionado por la inactividad material causada por la Administración Pública, y que el mismo le supondrá efectividad y rapidez en la consecución material y final de su derecho lesionado.³⁷³

³⁷³ En otras palabras, el derecho tiene por antonomasia la característica de deber ordenar la actividad de la Administración en términos de justicia. Así, véase **SÁNCHEZ MORÓN, Miguel**, *Discrecionalidad Administrativa y Control Judicial*, Editorial Tecnos, Madrid, 1994, p. 161, en especial cuando dice: "Siendo el Poder Judicial también un poder público, parte del Estado en su acepción global, está vinculado por los mismos valores superiores y principios constitucionales, que el resto de los poderes públicos y debe contribuir, al igual que éstos - mejor todavía, en colaboración con éstos-, a su realización efectiva. En consecuencia, el juez no puede ser ajeno al funcionamiento de los demás poderes del Estado. Más aún, un deber implícito de lealtad constitucional, que recae sobre el Poder Judicial como sobre los demás poderes públicos, obliga a los jueces a tener en cuenta las exigencias de la buena administración: eficaz, imparcial, capaz de satisfacer los intereses públicos a los que debe servir, al tiempo que abierta a la sociedad y respetuosa de los derechos de los ciudadanos. En la medida en que tenga en cuenta estas exigencias el juez puede (y debe) contribuir a administrar mejor."

II. PROCEDIMIENTO ORDINARIO.

Si nos enfrentamos a los supuestos de inactividad material que determina el párrafo primero del artículo 29, a saber: disposiciones generales que no precisen de actos de aplicación o en virtud de un acto, contrato o convenio administrativo, su tramitación no se regirían ya por las disposiciones del procedimiento abreviado que se analizara en el punto anterior, sino por el procedimiento ordinario, lo que traería consigo algunas consecuencias importantes de destacar en perjuicio del derecho e interés del administrado, esencialmente en relación a la duración del proceso.

Por mucho que insista el proponente sobre las bondades del proyecto en atención a la eficacia y celeridad que se le quiso imprimir a la nueva normativa (situación que trató de dejar con evidencia en el tratamiento de los casos de inejecución de actos administrativos firmes), resulta que en los otros supuestos de inactividad material, el procedimiento al que se debe de ajustar la tramitación de la demanda, es primeramente un proceso declarativo del derecho que le asiste al administrado, y sólo después, habiéndose determinado la obligación a la que estaba sujeta la Administración (por disposición general -que no requiera actos de aplicación-, acto, contrato o convenio), quedaría abierta la vía ejecutiva para darle el contenido material prestacional al petente, antes no.

Si reiteramos una vez más que la pretensión del sujeto, cuando se enfrenta a la inactividad material administrativa, es la actividad material, un dar o un hacer, no tendría objeto desde el punto de vista de la efectividad y la eficacia, que el ciudadano se vea en la obligación de seguir dos procesos: uno declarativo y otro ejecutivo, a fin de poner en ejecución la declaración de un derecho que le asiste.

Si la inactividad se encuentra claramente determinada y por su naturaleza requiere de una prestación material en un plazo breve, la aplicación del proceso ordinario podría en modo alguno ser su solución y la consecución de una protección jurisdiccional. Ya lo resume acertadamente el profesor PÉREZ GONZÁLEZ, al decir que, "cuando así ocurra, las especialidades del proceso para conocer de la pretensión frente a la inactividad vendrían impuestas por la naturaleza de la actividad omitida y la urgencia de su realización."³⁷⁴

Aún cuando el proyecto permita expresamente, como objeto de impugnación la inactividad administrativa, deja en un *cuasi* vacío normativo, su conexión y relación con el principio tantas veces aludido de tutela judicial efectiva y un derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, debido a la imprecisión de la técnica legislativa a la hora de la especialización de la materia.

³⁷⁴ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, "El control jurisdiccional de la inactividad de la Administración en el proyecto de Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1997", en Revista española de Derecho Administrativo, N° 97 enero-marzo 1998, p. 23.

Ciertamente para que un administrado perjudicado con la inacción de la Administración Pública pueda accionar contra ésta, se hace necesario primeramente que pida a la Administración su actuación omitida (requerimiento previo), de no existir reacción positiva, debe esperarse tres meses para deducir recurso contencioso-administrativo, recurso que lejos de presentar una especialidad procesal siendo breve y sumario por su naturaleza (también en estos supuestos y no sólo en el de actos inejecutados), se remite a la tramitación ordinaria hasta la correspondiente sentencia, lo cual es casi como decirle al ciudadano que cuando finalmente pueda llegar la "declaración" de su derecho (nótese que ni siquiera hablamos de "ejecución"), ya no sólo su interés habrá desaparecido, sino -y lo que es más grave aún-, el objeto mismo de su derecho pueda haber desaparecido, "en último término, podría pensarse que sería suficiente el proceso administrativo ordinario -siempre que fuera un proceso que se decidiera en unos plazos prudenciales- unido a una adecuada regulación de la sentencia y de las medidas cautelares."³⁷⁵

De la misma lectura del citado artículo 29 se deduce la remisión al procedimiento ordinario, y de seguir la práctica tradicional, el proceso se haría mediante la complicada convertibilidad de la inactividad material en formal, lo que traería consigo primeramente, el agotamiento de la vía administrativa (formulación de reclamación) y luego de transcurridos tres meses, poder iniciar así la vía procesal.

³⁷⁵ *Ibidem.* p.26.

Si analizamos lo anterior, con no poca agudeza jurídica, la nueva regulación es partidaria de remitir aquellos casos que no encajen en inactividad material por inejecución de actos firmes al procedimiento ordinario, lo que al fin y al cabo no viene a dar solución alguna, a pesar de regularse la inactividad material, ni se convierte entonces en la novedad jurídica de la cual esté esperanzado el administrado.

De conformidad con el artículo 45 y siguientes del proyecto de Ley, queda establecido el procedimiento ordinario que debe seguir el recurso contencioso-administrativo, dentro del cual se incluyen los casos de inactividad material (no excluidos expresamente como el de inejecución de actos administrativos en firme, por remitirse a un procedimiento abreviado que analizamos en la sección anterior), con lo que se puede observar con absoluta claridad la discordancia existente entre: celeridad y naturaleza de la impugnación (inactividad material).

A efectos de arribar a esta conclusión, sucintamente véanse los pasos al que el administrado perjudicado con las omisiones administrativas debe ajustarse:

a) El recurso contencioso-administrativo se iniciará por escrito reducido a citar la inactividad de la que el administrado se siente lesionado, solicitándose al órgano jurisdiccional que se tenga por interpuesto el recurso

(se elimina el recurso de reposición legislado en la actualidad como requisito previo para interponer el recurso contencioso administrativo artículo 52.2 Ley vigente, sin embargo, a pesar de no contar el proyecto con esta indicación, si se hace necesario en casos de inactividad el requerimiento o reclamación previa, a la Administración incumpliente).

b) En el escrito de demanda se mencionará el órgano o dependencia al que se atribuya la inactividad, el expediente en que tuvieran origen, o cualesquiera otros datos que sirvan para identificar suficientemente el objeto del recurso.

c) El juez o Tribunal examina de oficio la validez de la comparecencia, tan pronto como se haya presentado el escrito de interposición. De no haberse presentado en forma, el órgano judicial requerirá de inmediato la subsanación de los mismos, señalando un plazo de diez días para que el recurrente pueda llevarla a efecto, *so pena del archivo correspondiente de las diligencias.*

d) El recurso dirigido contra la inactividad administrativa, en que no existan terceros interesados podrá iniciarse también mediante demanda en que se concretará la omisión de la Administración.

e) El juez o Tribunal en el siguiente hábil, acordará, si lo solicita el recurrente, que se anuncie la interposición del recurso y remitirá el oficio para su publicación .

f) El órgano jurisdiccional, al acordar la publicación de la interposición del recurso o mediante resolución si la publicación no fuere necesaria, requerirá de la Administración que le remita el expediente administrativo (que en el caso de inactividad material, diríamos que remita los alegatos en su

defensa que estime pertinentes), ordenándole que practique los emplazamientos a los que aparezcan como interesados en el proceso. El expediente según lo dicho, se reclamará al órgano autor de la inactividad.

g) Lo especificado en el punto anterior deberá ser remitido en el plazo de veinte días.

h) Transcurrido el plazo de remisión del "expediente" sin haberse recibido completo, se reiterará la reclamación, y si no se enviara al término de diez días, se impondrá una multa. Esta será reiterada cada veinte días, hasta el cumplimiento de lo requerido.

De darse la causa de imposibilidad de determinación individualizada de la autoridad o empleado responsable, la Administración será la responsable del pago de la multa sin perjuicio de que se repercuta contra el responsable.

i) La resolución por la que se acuerde remitir el expediente se notificará en los cinco días siguientes a su adopción, a cuantos aparezcan como interesados en él, emplazándoles para que puedan personarse como demandados en el plazo de nueve días.

j) Hechas las notificaciones, se enviará el expediente al Juzgado o Tribunal, incorporando la justificación de los emplazamientos.

k) Recibido el expediente administrativo en el Juzgado o Tribunal y comprobados los emplazamientos si los hubiere, se acordará se entregue al recurrente para que se deduzca la demanda en el plazo de veinte días.

l) Presentada la demanda, se dará traslado de la misma, con entrega del expediente administrativo, a las partes demandadas que hubieran comparecido, para que la contesten en el plazo de veinte días.

II) Si el defensor de la Administración demandada estima que la disposición o actuación administrativa recurrida pudiera no ajustarse a Derecho, podrá solicitar la suspensión del procedimiento por un plazo de veinte días para comunicar su parecer razonado a aquélla.

m) Si las partes estimasen que el expediente administrativo no está completo, podrán solicitar dentro del plazo para formular la demanda o la contestación, que se reclamen los antecedentes para completarlo (lo cual suspende el plazo correspondiente).

n) El Juzgado o la Sala resolverá lo pertinente en el plazo de tres días, la solicitud especificada en el apartado anterior.

ñ) Si el Juzgado o Tribunal detectare defectos en la demanda, requerirá que se subsanen en plazo no superior a diez días.

o) El actor podrá pedir por otrosí en su demanda que el recurso se falle sin necesidad de recibimiento a prueba ni tampoco de vista o conclusiones. Si la parte demandada no se opone, se citará a las partes para sentencia o se efectuará señalamiento para votación y fallo una vez contestada la demanda.

p) Las partes demandadas podrán alegar, dentro de los primeros cinco días del plazo para contestar la demanda, los motivos que pudieren determinar la incompetencia del órgano jurisdiccional o la inadmisibilidad del recurso.

q) Del escrito formulando alegaciones previas se dará traslado por cinco días al actor, el cual podrá subsanar el defecto, si procediera, en el plazo de diez días (evacuado el traslado, se seguirá la tramitación prevista para los incidentes).

r) Se abre el período o recibimiento a prueba.

s) Concluido el período de prueba, el órgano jurisdiccional podrá también acordar la práctica de cualquier diligencia de prueba que estime necesaria.

t) Salvo que la Ley disponga lo contrario, las partes podrán solicitar que se celebre vista, que se presenten conclusiones o que el pleito sea declarado concluso sin más trámites que la citación para sentencia o el señalamiento para votación y fallo. Si se acordara la celebración de vista, la fecha de la audiencia será señalada por riguroso orden de antigüedad de los asuntos, excepto los referentes a materias que por prescripción de la Ley o por acuerdo motivado del órgano jurisdiccional, fundado en circunstancias excepcionales, deban tener preferencia, los cuales, estando conclusos, podrán ser antepuestos a los demás cuyo señalamiento aún no se hubiera hecho (excepciones dentro de las que cabría claro está, la inactividad material).

u) Cuando se acuerde el trámite de conclusiones, las partes presentarán unas alegaciones sucintas acerca de los hechos, la prueba practicada y los fundamentos jurídicos en que apoyen sus pretensiones. El plazo para formular el escrito será de diez días sucesivos para los demandantes y demandados.

v) Presentadas las conclusiones, se citará a las partes para sentencia o se señalará día para votación y fallo. Cuando el Juez o Tribunal juzgue oportuno que en el acto de la vista o en las conclusiones se traten motivos relevantes para el fallo y distintos de los alegados, lo pondrá en conocimiento de las partes mediante providencia, dándoles plazo de diez días para ser oídas sobre ello.

w) La sentencia se dictará en el plazo de diez días desde la citación de las partes, la celebración de la vista o el día señalado para la votación y fallo, según los casos, y decidirá todas las cuestiones controvertidas en el proceso.

x) Finalmente, cuando el Tribunal apreciase que la sentencia no podrá dictarse dentro del plazo indicado, lo razonará debidamente y señalará una fecha posterior concreta en la que se dictará la misma, notificándolo a las partes.

Por lo tanto, el proceso es uno y la duración también. Por la complejidad y naturaleza misma del proceso, de cumplirse (cosa que no ocurre en la realidad) los plazos estipulados en la normativa, esencialmente al otorgamiento de los plazos dados a las partes intervinientes, un proceso duraría aproximadamente 246 días (contando todas las posibles intervenciones), duración que si nos enfrentamos a casos de inactividad en donde la Administración está perjudicando seriamente los derechos e intereses de los particulares omitiendo el ejercicio de sus derechos, resulta ser la negación misma de una tutela judicial efectiva (quedando a salvo la esperanza de una implementación correcta de medidas cautelares positivas que pongan coto a la inacción administrativa y que durante la lenta tramitación del proceso judicial no se llegue ni a perjudicar más, ni se extinga su derecho), todo, por cuanto esta tutela judicial efectiva supondría (en parecidos términos a como se hace con el procedimiento abreviado, que por muy abreviado que sea nunca es lo suficientemente rápido), la tramitación de los casos de inactividad material

mediante el arbitrio de un proceso administrativo ejecutivo (de parecidos términos y dimensión al existente en el proceso civil).

En este sentido nos hacemos eco plenamente con la propuesta que efectúa el profesor GONZÁLEZ PÉREZ yendo a la vanguardia propugnando mejoras en la normativa imperante en la materia,³⁷⁶ escribe que una tutela jurisdiccional frente a la inactividad material requeriría: respecto de supuestos en que exista título ejecutivo (actos administrativos firmes e inejecutados), arbitrar un proceso ejecutivo encaminado a la realización de la actividad (que en cierta forma sería lo que se propone como procedimiento abreviado, con las salvedades hechas en su oportunidad); en los restantes casos (serían los establecidos en el inciso 1 del artículo 29), regular un proceso sumario, en el que, aparte de la sencillez -podrá consistir en juicio oral análogo al que se establece en los procesos para la protección del derecho de reunión-, se regulasen adecuadamente las medidas cautelares -admitiendo por supuesto la adopción antes de incoarse el proceso-, posibilidad de acudir a la vía procesal sin el presupuesto de acto previo o en otro caso si la naturaleza de la pretensión lo admitiese, fijando un plazo brevísimo para que la Administración pudiera realizar la actividad una vez formulada la reclamación por el demandante, y ampliar las potestades de sustitución del juez en lo posible.

³⁷⁶ *Ibidem.* p. 23.

CAPÍTULO VII

LAS MEDIDAS CAUTELARES EN RELACIÓN CON LA INACTIVIDAD MATERIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

CAPÍTULO VII

LAS MEDIDAS CAUTELARES EN RELACIÓN CON LA INACTIVIDAD MATERIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

I. UBICACIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL MARCO TEÓRICO GENERAL.

Debemos partir del marco teórico general en el que se enmarca la temática de la tutela cautelar, a fin de conocer los alcances y límites que puede tener dentro de una protección jurisdiccional contra la inactividad administrativa.

Mucho se ha esbozado, tanto doctrinaria como jurisprudencialmente, acerca de las medidas cautelares, de su efectividad y de la concordancia misma de éstas con los principios que inspiraron al constituyente de 1978. Por otro lado, también se ha llegado a arrojar gran discusión doctrinal y un mayoritario acuerdo en relación a los presupuestos que operan en las medidas cautelares y la finalidad que cumplen en defensa de los derechos e intereses de los administrados.

Basados entonces en este amplio desarrollo de la materia y centrados en el análisis de lo que podría constituir una justicia cautelar ajustada a una fáctica tutela judicial efectiva, en abierta lucha contra la inacción material administrativa, nos limitaremos a dar un esbozo de la teoría general ubicando

así el tema, arribando al análisis e interpretación de una específica, clara y adecuada regulación, que venga a llenar la laguna de que adolece el ordenamiento jurídico³⁷⁷ y, por qué no, llenar la falta de una decidida interpretación por parte de nuestros Tribunales, en una justa armonía con los postulados de celeridad, eficacia y plena protección, que inspiraron la promulgación de la Constitución vigente.

Y es que, especialmente los procesos de protección jurisdiccional, no son emblemáticos de rapidez y celeridad que traigan consigo una tutela judicial efectiva, y la lentitud es su nota característica, en muchas ocasiones, por causas exógenas a nuestros Jueces y Tribunales y muchas otras, por la misma desidia en la interpretación y aplicación normativa.

Partiendo precisamente de ese mal endémico de "paso lento" de la justicia, vienen las medidas cautelares a ser una especie de plataforma de solución, realista y eficaz para la crítica situación del contencioso español.³⁷⁸

Como señala acertadamente JAVIER BARNÉS, "la dogmática de la tutela

³⁷⁷ En este orden y aunque referida a una necesidad de tutela normativa genérica por la carencia misma del ordenamiento jurídico -pero aplicable en todo sentido a nuestro objeto de estudio-, apunta **CALDERÓN CUADRADO, María Pía**, *Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil*, Edit. Civitas, primera edición, 1992, p. 29: "...el tratamiento legislativo de la tutela cautelar es insuficiente, por no decirlo inexistente, y adolece, en todo caso, de falta de sistemática; cualquier estudio exigirá, pues, acudir a tesis doctrinales que, no obstante la escasez de datos normativos, han ido sentando bases teóricas para la construcción de un sistema de medidas cautelares." **BARCELONA LLOP, Javier**, en: "¿Pero de verdad existe la tutela judicial cautelar en el orden contencioso-administrativo?", p. 90, es contundente al decir que el diseño de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa es manifiestamente incapaz de dar respuesta satisfactoria a los actuales requerimientos de una justicia eficaz que haga posible, también en el contencioso-administrativo, los postulados constitucionales de la tutela judicial efectiva, o mejor, de la efectividad de la tutela judicial.

³⁷⁸ Cfr. **SARMIENTO ACOSTA, Manuel J.**, "Nueva funcionalidad de las medidas cautelares en el contencioso español" en Revista de Administración Pública, Nº 129 septiembre-diciembre 1992.

judicial (...) corre paralela a su tiempo y tiene que adaptarse con toda plasticidad a los nuevos retos que la sociedad contemporánea le plantea, para alcanzar en cada caso, la efectividad (también en su versión temporal) de la defensa jurisdiccional de los derechos e intereses jurídicos."³⁷⁹

Lo importante será, en última instancia, la búsqueda constante de los parámetros que determinen la justicia de los procesos y la garantía del particular de que los instrumentos jurídicos estarán siempre a su disposición para garantizar los principios que sostienen un Estado Social de Derecho, que como sucede y señala concretamente el profesor GONZÁLEZ PÉREZ, la inhibición cada día más frecuente no es para evitar procesos inútiles, sin sentido, sino una auténtica resignación a la injusticia, pretensiones insatisfechas, pero con indudable fundamento; señala además, y en relación a la lentitud vista como un mal endémico de nuestro sistema, que "esta enfermedad experimenta, a veces, algún alivio, pero pronto viene la recaída. Cuando la gravedad alcanza límites alarmantes, se buscan remedios urgentes que impiden la muerte del enfermo; pero son incapaces de resolver el problema. Una justicia que tarda en administrarse varios años es una caricatura de la Justicia".³⁸⁰

³⁷⁹ **BARNÉS, Javier**, "La tutela judicial efectiva en la GRUNDGESETZ (Art. 19. IV)", en La Justicia Administrativa en el Derecho Comparado, Javier Barnés Vázquez (Coordinador), Edit. Civitas, primera edición, 1993, p. 140.

³⁸⁰ **GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús**, *El derecho a la tutela jurisdiccional*, Edit. Civitas, Madrid, 1984, p. 85 y 123. Para **VALLS GOMBAU, J. F.**, "Las medidas cautelares reguladas en las leyes especiales", en Las medidas cautelares, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993, p. 346, señala que: "La necesidad de dar respuesta lo más rápidamente posible a quienes acuden a los Tribunales de Justicia y las constantes críticas a un sistema de enjuiciamiento excesivamente lento que por otro lado necesita de un "tiempo" para decidir comporta que se busquen fórmulas diversas para que el proceso sin dejar de desarrollarse en un lapso razonable dé una respuesta eficaz y en el momento preciso.". Para

Al ser una justicia, el papel que juegan las medidas cautelares como instrumento de tutela, es primordial en el orden constitucional, y porque las medidas cautelares -dice GONZÁLEZ-VARAS-³⁸¹ deben lograr la adecuación tiempo-resolución del fallo, corrigiendo ese desfase o inadecuación temporal, a los efectos de lograr una justicia administrativa plena y eficaz. De poco vale que se reconozca a un sujeto un derecho, si ello ocurre en un momento en el cual el fallo ya no sirve para su resarcimiento efectivo, o igualmente, si se le concede una indemnización por los daños causados cuando en realidad no deberían haberse causado los daños si cautelarmente se le hubiera mantenido en su posición jurídica del momento en que plantea una pretensión cautelar.

No hay discusión que existen dos exigencias: hacer las cosas pronto y hacerlas bien. "En efecto, entre hacer las cosas pronto, pero mal, y hacer bien, pero tarde, las medidas cautelares tienden ante todo a hacerlas pronto, dejando que el problema de la justicia intrínseca se resuelva más tarde en el proceso ordinario."³⁸² Por todo ello, podemos afirmar con toda propiedad, que

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La batalla por las medidas cautelares. Derecho Comunitario, Europeo y proceso contencioso-administrativo español*, Edit. Civitas, segunda edición ampliada, 1995, p. 213, expresa que parece "abrirse paso con resolución y lucidez la técnica de la "justicia provisional" inmediata, impuesta como una exigencia ineludible de la efectividad de la tutela judicial en un momento en que la "justicia definitiva" no puede ser decidida sino tras largos plazos temporales -más extensos cada vez, por cierto, ante el incremento paulatino del número de procesos pendientes ante los Tribunales, incluido el Supremo, que lejos de reducirse lleva ya varios años aumentando. Se comprende fácilmente que el único instrumento hábil para hacer "efectiva" la justicia en una situación de este carácter, que puede proyectar hacia un futuro virtualmente ilimitado la solución definitiva de los procesos, el único instrumento hábil es este de la justicia provisional que las medidas hacen posible."

³⁸¹ **GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago**, *Problemas procesales actuales de la jurisdicción contencioso-administrativa*, op. cit., p. 43.

³⁸² **ESCUSOL BARRA, Eladio** y **RODRÍGUEZ-ZAPATA, Jorge**, *Derecho Procesal Administrativo*, op. cit., p. 354.

las garantías, entonces, deben ser plenas y con ellas la justicia adquiere su justo matiz, por eso, en palabras del profesor GONZÁLEZ PÉREZ es de justicia indicar, que el derecho a la tutela jurisdiccional es el derecho de toda persona a que se le "haga justicia", a que cuando pretenda algo de otra, esta pretensión sea atendida por un órgano jurisdiccional, a través de un proceso con unas garantías mínimas.³⁸³

Todo esto nos arroja a la consideración y análisis del fundamento que tienen las medidas cautelares desde la misma Constitución Española y en qué medida se puede hablar de una "Constitucionalización" de las medidas cautelares de cualquier tipo que de, estas se trate, como un derecho fundamental del administrado, enfrentado a un proceso jurisdiccional en pos de la defensa de sus derechos e intereses legítimos. Y es que en este sentido - GARRIDO FALLA-, "el contenido constitucionalmente garantizado, según tiene declarado nuestra jurisprudencia, reside en el poder jurídico-subjetivo de acceder a la jurisdicción para obtener -a través del sistema contradictorio- una efectiva resolución fundada en Derecho. Comprende, pues, tres facultades: la de acceder al proceso, la defensa contradictoria y la efectividad de la sentencia. Por su ubicación sistemática, el derecho a la tutela judicial tiene el rango de derecho fundamental y es protegible en amparo..."³⁸⁴

³⁸³ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *El derecho a la tutela jurisdiccional*, op. cit., p.29.

³⁸⁴ GARRIDO FALLA, Fernando, "La vía de hecho y la inactividad de la Administración", op. cit., p. 136.

1. La Constitucionalización de las medidas cautelares.

Con la promulgación de la Constitución de 1978 se materializa en el Estado de Derecho español, una real garantización y tutela de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos, constituyendo el instrumento perfecto para hacer efectivos los mismos. Lo anterior encuentra su máxima expresión en la estipulación que se hace en la norma 24 de repetida cita, ya que no es posible concebir un análisis de las medidas cautelares, que a esta temática conciernen, si no se mira desde la perspectiva constitucional, que es la que le da contenido y sustento jurídico. En este orden, la Sentencia del Tribunal Constitucional 185/1990 de 15 de noviembre,³⁸⁵ es clara al decir que:

"El derecho a obtener tutela efectiva, es regulado de diversos modos por las normas legales que determinan su alcance y contenido concretos y establecen los requisitos y condiciones para su ejercicio, con lo que la misma ha de producirse en los términos y dentro de los cauces que el legislador, respetando el contenido esencial del derecho fundamental en cuestión, haya querido articular."

El texto constitucional (art. 24) es conteste en determinar y exigir efectividad en la tutela judicial, lo que conlleva determinadamente a la utilización de todos y cada uno de los instrumentos, que el mismo

³⁸⁵ Citada por **VALLS GOMBAU, J.F.**, "Las medidas cautelares reguladas en las leyes especiales", *op. cit.*, p. 354. Véase también Sentencia de Pleno de 10 de febrero de 1992, comentada por **GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo**, *La batalla por las medidas cautelares. Derecho Comunitario, Europeo y proceso contencioso-administrativo español*, *op. cit.*, p. 298.

ordenamiento jurídico ponga al alcance (y deba poner), a fin de que se cumpla dicho cometido. Es por ello que puede extraerse como primer corolario, que la tutela cautelar es una de las consecuencias de exigencia, englobada dentro de la norma señalada, que como lo apunta GONZÁLEZ-VARAS,³⁸⁶ esta parece que deba ser la línea a seguir por nuestro legislador como inexcusable exigencia del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva. Así también, otros autores, como GÓMEZ PUENTE, señalan con suma claridad, que esta es una conclusión que viene respaldada por la jurisprudencia constitucional, y dice: "En efecto, el Tribunal Constitucional, considera que la tutela cautelar forma parte del contenido esencial del derecho a una tutela judicial efectiva y que esa tutela cautelar, en el ámbito de lo contencioso-administrativo, alcanza a todo cuanto exija la efectividad de la tutela jurisdiccional según la situación particular de que se trate".³⁸⁷

Esto quiere decir, que la vinculación de los Tribunales (y de la propia Administración Pública en su fase de actuación administrativa) debe ser TOTAL, en la búsqueda de la efectividad en la tutela, a fin de no hacer nugatorios los derechos e intereses de los particulares; como anota CHINCHILLA MARÍN,³⁸⁸ la tutela cautelar no es una función distinta a la de

³⁸⁶ GONZÁLEZ-VARAS IBAÑEZ, Santiago, *Problemas procesales actuales de la jurisdicción Contencioso-Administrativa*, op. cit., pp. 53-63.

³⁸⁷ GÓMEZ PUENTE, Marcos, *La inactividad de la Administración*, op. cit., p.190. Conceptualizando las medidas cautelares como derecho fundamental, véase: GIMENO SENDRA, Vicente, MORENO CATENA, Víctor, GARBERÍ LLOBREGAT, José y GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás, *Curso de Derecho Procesal Administrativo*, op. cit., pp. 346-347. Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, "Reflexión sobre la constitucionalización de las medidas cautelares en el contencioso-administrativo" en Revista española de Derecho Administrativo, N° 76 octubre-diciembre 1992, pp. 615-632.

³⁸⁸ CHINCHILLA MARÍN, Carmen, "El derecho a la tutela cautelar como garantía de la efectividad de las resoluciones judiciales", op. cit., p. 171.

juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, sino que es el ejercicio mismo de esa potestad jurisdiccional extendido a la ejecutividad de los actos administrativos.

Sin embargo, podemos palpar en carne propia, que la realidad no corresponde con dichos postulados, y que, tratándose de casos como los aquí analizados de la inactividad de tipo material, cuando el particular puede ver su derecho materializado, éste ha desaparecido precisamente por no haberse tomado las disposiciones pertinentes para que se satisfagan dichos derechos e intereses, en concordancia, claro está, con el tiempo que transcurre normalmente entre la inacción administrativa, el otorgamiento del derecho por parte de los Tribunales y la materialización final de la pretensión.

En palabras del profesor GARCÍA DE ENTERRÍA, lo dicho adquiere tintes de denuncia sobre el alcance que el artículo 24 Constitucional debe implicar, así como la imperiosa exigencia jurídica que el texto imprime; al respecto expresa: "El artículo 24 de la Constitución proclama como derecho fundamental el de una tutela judicial efectiva; en ese derecho fundamental hay que incluir, precisamente por la nota de "efectividad" de la tutela, el derecho a una tutela cautelar, sin la cual no hay efectividad posible, y más aún cuando la justicia final se otorga con enorme retraso, sin atender al precepto de "sin dilaciones indebidas" que se encuentra también en el propio artículo 24 de la Constitución (...) hay que entender que el artículo 24 de la Constitución ha derogado, al menos parcialmente, al artículo 122 de la Ley Jurisdiccional de lo Contencioso-Administrativo de 1956, en cuanto limita la tutela cautelar a un

asunto específico (perjuicios irreparables o de difícil reparación) y a una medida cautelar única (la suspensión del acto recurrido); frente a estas limitaciones, el artículo 24 de la Constitución impone (obliga, estrictamente, a los órganos judiciales, puesto que el justiciable esgrime frente a ellos un derecho fundamental) que la tutela cautelar se aplique siempre que haya un riesgo de frustración de la tutela judicial final y ello por cualquier medio que sea oportuno para evitar esa frustración que impediría la efectividad de la tutela (el art. 9.2 de la Constitución impone a todos los poderes públicos "remover los obstáculos que impidan o dificulten la plenitud" de los derechos fundamentales, principio trasladado a los Jueces y Tribunales por el artículo 5.1 de la L.O.P.J.).³⁸⁹

En todo caso, al tener el artículo 24.1 constitucional una sustantividad propia, derivada de su contenido esencial, no habrá límite alguno para la consideración única de los derechos fundamentales, por el contrario, la efectividad de la tutela judicial es exigible, en favor de cualesquiera derechos e intereses legítimos y no sólo de los derechos incluidos en la Sección 1ª del Capítulo II del título I de la Constitución Española.³⁹⁰

³⁸⁹ **GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo**, *La batalla por las medidas cautelares. Derecho Comunitario, Europeo y proceso contencioso-administrativo español*, op. cit., p. 213. Cfr. **CHINCHILLA MARÍN, Carmen**, "El derecho a la tutela cautelar como garantía de la efectividad de las resoluciones judiciales", op. cit., en especial pp. 169 y 173. Para **TORNOS MAS, Joaquín**, "La situación actual del proceso contencioso-administrativo", op. cit., p. 115, el derecho a la tutela judicial efectiva, como derecho fundamental y preferente, prevalecerá en este caso sobre otros intereses.

³⁹⁰ Véase la Sentencia 238/1992 de 12 de diciembre, citada por **CHINCHILLA MARÍN, Carmen**, "El derecho a la tutela cautelar como garantía de la efectividad de las resoluciones judiciales", op. cit., pp. 169-170, importando destacar lo dicho por esta autora, en cuanto a que "el derecho a la tutela judicial efectiva es un derecho instrumental en cuanto sirve para la defensa de derechos e intereses legítimos; por tanto, si se parte de que la protección cautelar integra el contenido esencial de aquel derecho, ello será así con independencia de que la tutela judicial

Así las cosas, es un deber y una obligación derivada de la propia Constitución, el que los Jueces y Tribunales interpongan todos los medios que estén a su alcance para darle efectividad a la tutela, conllevando ésta, tomar TODAS las medidas cautelares necesarias y posibles para ello.³⁹¹ A pesar de que se podría imputar a la contemplación constitucional en relación con la legislación contencioso-administrativa vigente, que la tutela cautelar se encuentra referida casi exclusivamente a la suspensión de los actos administrativos, ello no obsta para que interpretemos sin género de dudas, que la efectividad con la que el legislador quiso determinar la tutela judicial, abarca también a la aplicación de medidas cautelares que no se circunscriban a esta suspensión,³⁹² máxime tomando en consideración, que la legislación contencioso-administrativa (que es pre-constitucional) no contempla la inactividad material como forma de ilegalidad administrativa y que, hoy día, se impone como una urgente necesidad normativa.

que se solicita de los tribunales lo sea para la protección de un derecho fundamental, de un derecho subjetivo o de un simple interés legítimo."

³⁹¹ Señala **CHINCHILLA MARIN, Carmen**, *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*, Edit. Civitas, Madrid, 1991, p. 175, que en el término "posibles" está, en su opinión, uno de los límites a los poderes cautelares del juez, en el sentido de que podrá ordenar todas las medidas que sean necesarias, pero sólo las que sean jurídicamente posibles, es decir, las que estén admitidas por el ordenamiento jurídico no sólo en el sentido de que sean legales, sino también de que no excedan del campo de atribuciones de los Tribunales.

³⁹² En relación a esto y a la amplitud con la que debe verse el artículo 24 de la Constitución y la tutela de todos los derechos e intereses, véase lo dicho por la Sentencia 238/1992 de 17 de diciembre, publicada en el BOE de 20 de enero de 1993 (resolviendo una cuestión de inconstitucionalidad promovida en 1987 por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Territorial de Cáceres en relación con el artículo 6.2 de la Ley 34/1979 de 16 de noviembre), sentencia citada por **GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo**, *La Batalla por las medidas cautelares. Derecho Comunitario, Europeo y proceso contencioso-administrativo español*, op. cit., p. 313.

El artículo 122 de la vigente Ley de lo contencioso-administrativo, contempla la única medida cautelar: la suspensión del acto administrativo, con el fin de no ocasionar daños de difícil o imposible reparación (en literalidad del texto).³⁹³ Pero es, precisamente con la promulgación de la Constitución en 1978, que este precepto queda ampliado en su carácter y se concreta entonces, en una aplicación distinta y hasta en muchas ocasiones superadora del carácter revisor y no dogmática del principio de separación de poderes con la que hasta ese momento había sido vista por los propios Tribunales,³⁹⁴ como bien puede observarse del auto de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 21 de marzo de 1991 (R. 2444/90), al que luego haremos alusión, a lo largo de este apartado, por su notable importancia en abrir la posibilidad de aplicar medidas cautelares de tipo positivo.³⁹⁵

³⁹³ A esto agrega **GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo**, *Ibidem*, p. 295, que: "la necesidad de las medidas cautelares que impone el artículo 24 de la Constitución está, pues, formulada y, además, conectada con toda explicitud no sólo a los supuestos daños irreparables para los intereses cuya protección se pretende, sino también a la efectividad de la tutela de fondo. Cualquier situación en que los derechos o intereses a proteger en el proceso de fondo puedan desaparecer o dañarse o desmerecerse irremediabilmente si la medida cautelar no interviene, ésta es constitucionalmente obligatoria."

³⁹⁴ Reafirma lo anterior que **GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo** y **FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón**, *Curso de Derecho Administrativo II*, Edit. Civitas, cuarta edición, Madrid, 1994, p. 623, son contundentes en que la plena vigencia del artículo 24 de la Constitución, hace que cualquier límite a la efectividad de la tutela judicial que pretendiera extraerse de una norma preconstitucional habría de considerarse necesariamente decaído. En el mismo sentido, se expresa el profesor **GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús**, en *El derecho a la tutela jurisdiccional*, *op. cit.*, p. 34, al indicar que: "...al aplicarse directamente, la norma constitucional tiene fuerza derogatoria respecto de las normas anteriores que supusieren una contravención al principio, como ha reconocido la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional."

³⁹⁵ Auto ampliamente analizado y comentado por **GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo**, *La batalla por las medidas cautelares. Derecho Comunitario, Europeo y proceso contencioso-administrativo español*, *op. cit.*, pp. 226 y ss.

Señala GARCÍA DE ENTERRÍA en relación a esta innovadora jurisprudencia, que "el auto habrá dicho que el artículo 24 de la Constitución implicaba el deber que tienen tanto la Administración como los Tribunales de acordar la medida cautelar que sea necesaria para asegurar la plena efectividad del acto terminal. El carácter posterior y, sobre todo, superior, del artículo 24 de la Constitución, respecto del artículo 122 de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa, permitía esperar esta espectacular ampliación, que por vez primera vemos ahora materializarse en una aplicación concreta."³⁹⁶

Las medidas cautelares son pues, una necesidad y una obligación para resguardar los derechos de los afectados, ya sea con las actuaciones o inacciones de las autoridades administrativas, necesidad que viene desplegada por los mismos principios constitucionales, de allí que con todo atino se hable de la "constitucionalización de las medidas cautelares" como criterio caracterizador de una tutela judicial efectiva, real, concreta y garantizadora de que los derechos de los administrados no desaparecerán por causa misma, ya no sólo de la inercia administrativa, sino de la misma falta de interpretación y aplicación por parte de los Tribunales. Por ello, como dice el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA, debe decirse, por tanto, que en nuestro Derecho Administrativo la "constitucionalización" de las medidas cautelares es ya un hecho, un hecho resultante de la práctica aplicativa, y de la competencia

³⁹⁶ *Ibidem*, p. 226.

(y la obligación) que tienen los Tribunales ordinarios de aplicar directamente la Constitución.³⁹⁷

Vista así la tutela cautelar, sea en su forma negativa (suspensión del acto administrativo, cuando de actividad administrativa se trate) o bien en su forma positiva (mandamiento de un hacer o dar como luego entraremos a analizar), es la categorización de un derecho fundamental, resultante de obtener una tutela judicial efectiva sin dilaciones indebidas, y en este sentido, la medida cautelar viene precisamente, a ser la portavoz de que el paso del tiempo no sea el obstáculo de esa tutela; peligro³⁹⁸ que entraña el que si no es por una medida cautelar, el derecho del recurrente se vea alterado y hasta anulado.³⁹⁹ En otras palabras, "la tutela cautelar se ejerce por los tribunales

³⁹⁷ *Ibidem*, p. 293. En relación a la posición que adoptan ordenamientos como el Francés, Italiano o bien el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, puede verse la referencia que hace **CHINCHILLA MARÍN, Carmen**, *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*, op. cit., p. 168 y ss.

³⁹⁸ Se refiere a la noción de este concepto: **GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Eduardo**, "Elementos esenciales para un sistema de medidas cautelares", en El sistema de medidas cautelares, IX reunión de profesores de Derecho Procesal, Ediciones Universidad de Navarra S.A., Pamplona, 1974, p. 15. Cfr. **CHINCHILLA MARÍN, Carmen**, *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*, op. cit., p.44.

³⁹⁹ **GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo**, *La batalla por las medidas cautelares. Derecho Comunitario, Europeo y proceso contencioso-administrativo español*, op. cit., p. 300 expresa que el derecho fundamental también está implícito en el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, es decir, a un "plazo razonable" en los términos del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Cita además (p. 313) y en apoyo a la argumentación de la Constitucionalización de las medidas cautelares, la sentencia 238/1992 de 17 de diciembre antes referida, que en lo que interesa expresa: "La medida cautelar es contenido inseparable del derecho a la tutela judicial efectiva. El legislador no puede, en modo alguno, negarlo o impedirlo. A mayor abundamiento, los jueces tendrán que otorgarlas cuando de no hacerlo se pone en riesgo la efectividad del fallo final. Toda discrecionalidad hipotética del juez para otorgar o denegar las medidas cautelares queda excluida." Cfr. del mismo autor: "Constitucionalización definitiva de las medidas cautelares contencioso-administrativas y ampliación del campo de aplicación (medidas positivas), y jurisdicción plenaria de los Tribunales Contencioso-Administrativos, no limitada al efecto revisor de actos previos. Dos Sentencias Constitucionales", en Revista española de Derecho Administrativo, Nº 79, 1993, p. 480. Véase también lo dicho por **CHINCHILLA MARÍN, Carmen**, *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*, op. cit., p. 168, sintetizando la postura en la mención que se hace de lo reconocido en Francia por el Consejo Constitucional, en cuya decisión número 86-224 DC de 23 de enero de 1987 ha declarado lo siguiente: "*le droit pour le justiciable formant un recours contre une décision de cet organisme de demander et*

con la finalidad de anticipar la actuación del Derecho, no ante la aparente existencia de un peligro genérico, sino la de un determinado peligro específico, es decir, por el peligro de que la actuación definitiva y directa del Derecho sea, en su momento imposible, por haberse alterado maliciosamente la situación de hecho y de derecho durante el transcurso del proceso. Así pues, junto al peligro del daño, viene a ser característica importante de la tutela cautelar, como indica Prieto-Castro, que ésta se conceda con ocasión de un proceso pendiente o proyectado (...) la justicia cautelar es una manifestación - posiblemente la más genuina- de la justicia preventiva(...), la justicia preventiva es el género y la justicia cautelar una de sus múltiples y heterogéneas especies."⁴⁰⁰

Y en este orden valga señalar que, el daño a que se refiere la conceptualización para el otorgamiento de las medidas cautelares, debe ser real, efectivo y concreto, de forma tal que el Tribunal o Juez, a la hora de la consideración y ponderación de los elementos del caso concreto, puedan tomar las determinaciones más ajustadas a derecho, y no sobra apuntar las palabras de CHINCHILLA MARÍN, quien resume con suma claridad los alcances de este subconcepto; "para que pueda decirse que los daños están en el supuesto que permite la adopción de medidas cautelares es preciso que sean *reales y efectivos*, aunque eso no significa que hayan de ser actuales,

d'obtenir, le cas échéant, un surcis à l'exécution de la décision attaquée constitue une garantie essentielle des droits de la défense". También: **GONZÁLEZ-VARAS IBAÑEZ, Santiago**, *Problemas procesales actuales de la jurisdicción Contencioso-Administrativa*, op. cit., p. 44.

⁴⁰⁰ **FONT SERRA, Eduardo**, "Las medidas cautelares como manifestación de la justicia preventiva", en El sistema de medidas cautelares, IX Reunión de Profesores de Derecho Procesal, Ediciones Universidad de Navarra S.A., Pamplona, 1974, p. 142.

pues es suficiente que sea un daño futuro y eventual; pueden ser *materiales o morales* y, finalmente, han de ser concretos. Pues bien, un daño de esas características debe ser, además de difícil o imposible reparación, lo que no significa que sea irresarcible, sino irreversible. Es decir, la irreparabilidad -como ha puesto de manifiesto SAPORITO- no es equiparable a la irresarcibilidad, pues quien solicita la tutela cautelar quiere que el bien tutelado permanezca íntegro y no que se le asegure una indemnización." Por otro lado acota que: "la apreciación del daño irreparable debe hacerse en presencia de la apreciación del posible daño que para los intereses generales pueda derivarse de la adopción de una medida cautelar. En una palabra, la irreparabilidad del daño para el recurrente ha de ser comparada y ponderada con la irreparabilidad del daño para el interés público."⁴⁰¹

Por tanto, así como doctrinalmente se ha defendido la tesis sobre la plena justicia de la vía contencioso-administrativa en relación a otras ramas jurídicas, es incuestionable que no sólo las actuaciones administrativas son causantes de lesiones o daños a los derechos e intereses legítimos de los particulares, tal y como ha quedado claro en otros apartados de la presente investigación, y que, partiendo de la misma voluntad del legislador, queda por demás, darle el verdadero contenido a la normativa para regular estos vacíos; así, la jurisdicción contencioso-administrativa no es una jurisdicción reducida o menor que tenga que limitarse a "revisar" actos previos y a anular o no anular a

⁴⁰¹ **CHINCHILLA MARÍN, Carmen**, *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*, op. cit., p. 43-44.

éstos, sin que quepan ante élla otras pretensiones u otros fallos; es por el contrario, una jurisdicción plenaria que puede y debe dictar decisiones de condena y no sólo de anulación.⁴⁰²

Por ende, si señalamos la necesidad de atender a la inactividad como forma recursal, también atendemos a la necesidad de que a esa interpretación constitucional, le siga la valoración de otras formas de medidas cautelares. Es que, como lo expresa GARCÍA DE ENTERRÍA,⁴⁰³ haciendo una libre interpretación y un auténtico paralelismo de la doctrina que recoge de dos sentencias,⁴⁰⁴ en relación a que se restituye a los Tribunales contencioso-administrativos su papel central en la tutela efectiva de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos y que ello conlleva, el desembarazar su función de viejas y caducadas limitaciones históricas, dentro de las que incluiríamos nosotros, la monopolización de sólo una forma de medida cautelar (no contemplativa de medidas de tipo positivo ajustadas, que luchen contra la inactividad material), hoy contradictorias con los principios y normas de la Constitución, que son felizmente inequívocos y categóricos, y que, ninguna razón de supuesta prudencia, y menos aún de respeto a mitos históricos de hace más de cien años, podrá ya dejar inefectivos.

⁴⁰² **GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo**, *La batalla por las medidas cautelares. Derecho Comunitario, Europeo y proceso contencioso-administrativo español*, op. cit., p. 331. Doctrina que extrae este autor de la Sentencia de 17 de diciembre de 1992 del Tribunal Constitucional.

⁴⁰³ *Ibidem*, p. 331.

⁴⁰⁴ Sentencia de Pleno de 10 de febrero de 1992 y Sentencia 238/1992 de 17 de diciembre.

2. Marco conceptual en el que se ubican las medidas cautelares.

No quedaría completo un análisis de la tutela cautelar ajustada a un proceso contencioso administrativo como el que venimos haciendo, si no esbozamos aunque sea de una forma breve, los términos dentro de los cuales se mueven las medidas cautelares, para partir de allí y ver el ajuste que merecen las mismas, y el porqué requerimos de una mayor claridad, tanto legislativa como jurisprudencialmente, porque en este sentido algún sector doctrinario ya se ha ocupado de trazar las líneas de carencia en la temática cautelar.

A) Concepto.

Es claro, que la principal función encomendada a nuestros Jueces y Tribunales, es juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, según lo dispuesto tanto por el artículo 117.3 de la Constitución Española, como por el artículo 2.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, así, el deber de cumplir con este postulado es imperativo y para ello entonces, deben los Tribunales **interponer todos los medios e instrumentos** que estén a su alcance, y que se encuentren justificados por el mismo ordenamiento, para hacer valer la justicia, de manera tal que dentro de esos medios e instrumentos referidos, está, que el transcurso del tiempo necesario, entre el requerimiento y el pronunciamiento judicial (tanto como la ejecución plena de lo solicitado con derecho) no haga inútil y vano el

derecho alegado. Por ello entra aquí la medida cautelar como mecanismo idóneo a fin de que el derecho sea protegido.⁴⁰⁵

De manera sucinta, lo expresa CALDERÓN CUADRADO, al decir que: "ni el juzgar puede realizarse de forma inmediata, ni el hacer ejecutar lo juzgado es instantáneo. Una y otra actividad exigen tiempo, tiempo para poder decidir justamente, tiempo para sustituir esa conducta del condenado que voluntariamente no quiere realizar, tiempo, en definitiva, consustancial al proceso, necesario para "hacer bien", pero, al fin y al cabo, tiempo que puede correr en contra del que solicita tutela."⁴⁰⁶

Podemos definir la medida cautelar como el instrumento que utilizan nuestros Jueces y Tribunales (amén de la consideración de medidas cautelares que en fase administrativa se puedan utilizar) a fin de que la cautela judicial sea realmente efectiva y segura,⁴⁰⁷ y se lleguen a asegurar los efectos

⁴⁰⁵ Conceptualizando las medidas cautelares como un instrumento, véase: **CHINCHILLA MARÍN, Carmen**, *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*, op. cit., p. 28. También véase **MONTÓN REDONDO, Alberto**, "La dinámica procedimental" en: Derecho Jurisdiccional Volumen I (Parte General), Edit. Tirant lo blanch, séptima edición, Valencia, 1997, p. 425, en el que expresa, en lo conducente: "Las medidas de cautela no se deben considerar continuación de la actividad declarativa o la ejecutiva. Se integran como actividad paralela en el proceso principal en que se desarrollan y están relacionadas con él pero no son su complemento; son, sencillamente, el instrumento previsto para garantizar sus resultados." Las llama "mecanismos": **GIMENO SENDRA, Vicente** y otros, *Derecho Procesal Administrativo*, op. cit., pp. 525-526.

⁴⁰⁶ **CALDERÓN CUADRADO, María Pia**, *Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil*, op. cit., p. 30.

⁴⁰⁷ Para autores civilistas, como **MONTERO AROCA, Juan**, "Naturaleza del proceso", en Derecho Jurisdiccional, volumen I (Parte General), Edit. Tirant lo blanch, séptima edición, Valencia, 1997, p. 306, "surge una tercera subfunción de la jurisdicción (además del proceso de declaración y el de ejecución), llamada de cautela o de seguridad, que se realiza a través del proceso cautelar, cuya finalidad es garantizar el cumplimiento de las otras dos subfunciones. Se define así el proceso cautelar como "aquel que tiene por objeto facilitar otro proceso principal garantizando la eficacia de sus resultados". (El entreparéntesis es nuestro). Posición contraria que sostiene que es incorrecta la afirmación de que el "proceso cautelar" constituye un tercer género de tutela jurisdiccional, es llevada por **FERNÁNDEZ, Miguel Ángel**, *Lecciones de Derecho Procesal III, La ejecución forzosa, las medidas cautelares*, PPU, Barcelona, 1985, p.

que persigue la sentencia que se dicte en su momento.⁴⁰⁸ Tratándose de los actos administrativos, se trataría de preservar o restablecer el derecho, pero, en la inactividad material diríamos que se trata de "poner" o "ejecutar" un derecho, porque la lesión es causada precisamente por la no ejecución del mismo.

La medida cautelar viene a ser **una garantía** que otorga el sistema jurisdiccional al administrado o particular, para que en una fase inicial, se pueda, bien detener una actuación que se cuestiona como indebida por parte de la Administración Pública (actos administrativos *latu sensu*) o bien, por el contrario, hacer u obligar a la Administración a "hacer" o "dar" algo, con el propósito de evitar que un derecho particular no ejercido, se vea extinguido por el transcurso del tiempo.⁴⁰⁹ Aparecen las medidas cautelares -dirá BARAHONA

336. Véase también lo dicho por **ORTELLS RAMOS, Manuel** y **CALDERÓN CUADRADO, María Pía** en: *La tutela judicial cautelar en el Derecho español*, Edit. Comares, Granada, 1996, pp. 3-4; aunque si bien referido al Derecho Civil, existe un paralelismo en la doctrina general del Derecho Administrativo. Se refiere también a su carácter instrumental: **VECINA CIFUENTES, Javier**, *Las medidas cautelares en los procesos ante el Tribunal Constitucional*, Edit. Còlex, Madrid, 1993, pp.32 y ss., partiendo y analizando la posición de **CALAMANDREI, P.**, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, Padova, 1936, p. 21, llegando a la conclusión de que el carácter instrumental de las medidas cautelares implica la coexistencia de un doble enjuiciamiento: por un lado, el principal o definitivo, que sirve inmediatamente para la composición de la *litis*, produciendo sobre la misma un efecto directo sin necesidad de que medie otro proceso; y, por otro, el cautelar, que "en vez de ser autónomo, sirve para garantizar (...) el buen fin de otro proceso (definitivo)."

⁴⁰⁸ Cfr. **CAMPO CABAL, José Manuel**, *Medidas cautelares en el contencioso administrativo*, Edit. Temis, Bogotá, 1989, p. 4. En concepción de **GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Eduardo**, "Elementos esenciales para un sistema de medidas cautelares", *op. cit.*, p. 16, las medidas cautelares tienden a hacer posible una ejecución, pero no adelantar ésta o a confundirse con ella, para él, esto serían medidas ejecutivas.

⁴⁰⁹ Para **VECINA CIFUENTES, Javier**, *Las medidas cautelares en los procesos ante el Tribunal Constitucional*, *op. cit.*, p. 25, el ideal sería, "que quien tiene un derecho pleno frente a un obligado (que en nuestro caso sería la propia Administración Pública) pudiere ejercitarlo inmediatamente, sin más trámites ni dilaciones enojosas; pero lo cierto es que cuando se niega el mismo y se inicia un proceso mediante el ejercicio del derecho de acción; con el fin de obtener por parte del órgano judicial la satisfacción jurídica de la pretensión deducida, el juez, sin más, no puede decidir", y aquí es donde entran las medidas cautelares en protección del recurrente. (El entreparéntesis no pertenece al original).

VILAR-, como medios jurídico-procesales que vienen a evitar que se realicen actos que impidan o dificulten la efectividad de la satisfacción de la pretensión, y esa función se lleva a cabo mediante la incidencia en la esfera jurídica del demandado, adecuada y suficiente para producir ese efecto.⁴¹⁰

En idéntica línea, se manifiesta VECINA CIFUENTES, para quien "las medidas cautelares han venido considerándose, tradicionalmente, como aquellos instrumentos jurídico-procesales creados y diseñados con la finalidad de eliminar el peligro que para el buen fin del proceso principal, o lo que es igual, para la efectividad práctica de la sentencia que pone término al mismo, y a través de la cual aquél cumple su función, podría derivarse del lapso de tiempo que inevitablemente, debe transcurrir para la tramitación de dicho proceso y, consecuentemente, para la emanación de la resolución judicial definitiva."⁴¹¹

En otras palabras, la interposición de las medidas cautelares es la búsqueda *prima facie*, de la eliminación del peligro que supone la tramitación de un proceso jurisdiccional, a los perjuicios que pueda sufrir el derecho o interés legítimo del demandante. Y, si bien éstas, no lleguen a eliminar con

⁴¹⁰ **BARONA VILAR, Silvia**, "Las medidas cautelares: Introducción", Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993, p.14, posición que por lo demás, está referida a la suspensión del acto.

⁴¹¹ **VECINA CIFUENTES, Javier**, *Las medidas cautelares en los procesos ante el Tribunal Constitucional*, op. cit., p. 28. Para **ORTELLS RAMOS, Manuel** y **CALDERÓN CUADRADO, María Pía**, *La tutela judicial cautelar en el Derecho español*, op. cit., p. 3, tomando la definición de **GUASP**, indican que en definitiva, el proceso cautelar podría sintéticamente definirse como aquél que tiene por finalidad otro proceso (el denominado proceso principal) garantizando la eficacia de sus resultados. Cfr. **FERNÁNDEZ, Miguel Ángel**, *Lecciones de Derecho Procesal III, La ejecución forzosa, las medidas cautelares*, op. cit., p. 334.

absolutes los efectos perjudiciales, bien pueden efectuar una garantía mínima de la protección de dichos intereses y derechos legítimos de los ciudadanos,⁴¹² de allí que se diga que, "en la tutela cautelar el peligro razonable se centra en que el derecho puede ser violado como consecuencia de la duración del proceso jurisdiccional: por el retardo de la sentencia que se dictará."⁴¹³

En opinión de autores como GONZÁLEZ-VARAS IBAÑEZ,⁴¹⁴ analizando la figura de la "orden provisional" del derecho Alemán, dice que de lo que se trata en última instancia, es de "asegurar" una pretensión,⁴¹⁵ cuyo ejercicio corresponda ejercitarse mediante una acción prestacional por parte de la Administración Pública, cosa que sucede tratándose de casos de inactividad material administrativa, en los cuales el derecho no puede ser ejercitado por el particular, dado que con la falta de acción administrativa, ello le es imposible; piénsese, por ejemplo, en uno de los casos apuntados en la parte primera de la presente investigación, mediante el cual, hasta tanto la autoridad administrativa no accione a fin de que se recolecte la basura según esté reglamentado y estipulado, el particular se verá obligado a soportar la

⁴¹² En el mismo sentido, véase **GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo**, "La nueva doctrina del Tribunal Supremo sobre medidas cautelares: La recepción del principio del *fumus boni iuris* (Auto de 20 de diciembre de 1990 y su trascendencia general)", en Revista española de Derecho Administrativo, N° 69 enero-marzo 1991, p.69, doctrina que recoge también en su obra: *La batalla por las medidas cautelares. Derecho Comunitario, Europeo y proceso contencioso-administrativo español*, op. cit.

⁴¹³ **FONT SERRA, Eduardo**, "Las medidas cautelares como manifestación de la justicia preventiva", op. cit., p. 145.

⁴¹⁴ **GONZÁLEZ-VARAS IBAÑEZ, Santiago**, *La jurisdicción Contencioso-Administrativa en Alemania*, op cit., pp. 283 y ss.

⁴¹⁵ Para **GIL MARTÍN, Miguel**, "Las medidas cautelares innominadas", Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993, p. 296, en referencia al artículo 1.428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, dice que por "asegurar" se ha venido entendiendo, y se acude a su significado etimológico más restrictivo, el preservar, resguardar la situación jurídica cautelable para que al finalizar el proceso principal esté en condiciones de ser realizada, concepto que bien se puede entender aplicable a nuestro objeto de estudio.

acumulación de desechos frente a su vivienda, con las consecuencias que ello podría acarrear.

Así, el concepto de las medidas cautelares se encuentra íntimamente ligado a uno de los principios básicos que informan a la justicia administrativa, el de la eficacia, eficacia que pretenden todas las resoluciones judiciales. Estas medidas son la forma en que se pueden detener los efectos perniciosos que se generen, bien sea de la actuación administrativa (promulgación de los actos administrativos) o bien de la inacción que implica el no ejercicio de un deber jurídico por parte de la Administración. Por lo tanto, la voluntad de la tutela jurisdiccional se ve manifestada en un resguardo claro de los derechos alegados, logrando que, al no poder darse una resolución judicial inmediatamente -por las características casuísticas-, cuando la sentencia llegue a resolver finalmente, en caso de condena, el objeto mismo del proceso esté vigente y sea cierto. Porque la ejecución y la medida cautelar son dos conceptos que se enlazan, se unen en una función instrumental, para la concreción material del derecho.⁴¹⁶

Por su parte, doctrinariamente se ve a la tutela cautelar como un proceso objeto distinto al proceso principal, "porque la pretensión procesal objeto del proceso, cautelar es distinta a la del proceso principal, y recibe un

⁴¹⁶ Autores como **FONT SERRA, Eduardo**, "Las medidas cautelares como manifestación de la justicia preventiva", *op. cit.*, p. 143, ven estos términos en relación más que de unión, de subordinación, ya que para él la instrumentalidad supone que la tutela cautelar tiene una relación de servicio respecto del proceso, en virtud de cuya incoación o intención de promoverlo se ha adoptado la medida de justicia cautelar, por tanto, la tutela cautelar no es independiente, sino dependiente de una tutela principal.

tratamiento procesal más o menos amplio, pero diferenciado del correspondiente a la pretensión principal y que en muchos casos es necesario establecer reglas de competencia específicas para pretensiones cautelares, normas distintas de las que se refieren al proceso principal",⁴¹⁷ es decir, un proceso con autonomía propia, en cuanto sirve de vía para asegurar la ejecución de una medida ejecutiva posterior, que es la propia resolución judicial.⁴¹⁸ Porque tal y como lo apunta BARONA VILAR, las medidas cautelares no sólo tratan de garantizar la fase declarativa del proceso, sino también la ejecución (y esto es lo que perseguimos finalmente), de ahí que mantendrán las medidas cautelares, hasta que se inste la ejecución de la sentencia, salvo que se alcen por otra causa, a petición del actor, o sean sustituidas por otras.⁴¹⁹

Esto último adquiere especial relevancia, en especial cuando hablamos de la tutela cautelar mediante medidas cautelares de tipo positivo -de la cual

⁴¹⁷ Véase **BARONA VILAR, Silvia**, "Las medidas cautelares: Introducción", *op. cit.*, pp. 15 y ss.. **ORTELLS RAMOS, Manuel**, *Derecho Jurisdiccional*, Volumen II, 2, Edit. Bosch, Barcelona, 1993, p. 258.

⁴¹⁸ Véase **VALLS GOMBAU, J.F.**, "Las medidas cautelares reguladas en las leyes especiales", *op. cit.*, p. 343, quien también es de la opinión que el proceso cautelar es un proceso autónomo. Además indica este autor (p. 40) que las medidas cautelares no son un proceso autónomo, sino meramente una cautela para el buen fin de otro proceso, para él es sólo una vía, sin ser constitutiva de un proceso aparte. Esto último parece también deducirse de lo dicho por **CALDERÓN CUADRADO, María Pía**, *Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil*, *op. cit.*, p. 33, al decir que, "la clave para asignar a una medida el calificativo de cautelar sigue estando, a nuestro modo de ver, en el carácter instrumental -y en lo que se entiende por tal- que **les vincula a un proceso, llamado principal**, o más concretamente a la resolución final cuya efectividad se trata de asegurar." (El destacado es nuestro).

⁴¹⁹ **BARONA VILAR, Silvia**, "Las medidas cautelares: Introducción", *op. cit.*, p. 52. Para autores como **VALLS GOMBAU, J.F.**, "Las medidas cautelares reguladas en las leyes especiales", *op. cit.*, p. 342, entre las medidas cautelares y el proceso de ejecución existe una íntima conexión, "pero no ha de olvidarse que también las medidas cautelares responden a la pendencia de un proceso de declaración. Y su razón de ser deriva de la duración que todo proceso de declaración tiene hasta llegar a dictarse una sentencia firme (título ejecutivo)."

nos ocuparemos luego-, en virtud de que, lo que va a interesar en primera instancia, es la ejecución anticipada de la solicitud o requerimiento, y no tanto la mera declaración del derecho, la cual no satisface su materialización. Tampoco interesará, en tesis de principio, que en sustitución de la ejecución material exista una indemnización en daños y perjuicios, porque el valor esencial de lo pedido, por el sujeto administrado, radica en la materialización del derecho y no en una indemnización, que bien puede resolverle al petente una posible necesidad dineraria, pero no la satisfacción concreta de su derecho.⁴²⁰ Algún autor como VALLS GOMBAU, las llama: medidas innovativas, que garantizan ya no sólo la ejecución, sino también la satisfacción anticipada de los derechos, en tanto que la misma duración del proceso se convierte en un daño que precisa de urgente protección.⁴²¹

Lo anterior nos conduce a deducir que esta pretensión a la tutela cautelar como un aseguramiento de la situación que se solicita, es, como dicen algunos doctrinistas, mantener el *statuo quo* de la situación previa al conflicto, término que aplicamos nosotros a *contrario sensu*, ya que, la pretensión de un particular que esté siendo lesionado por la Administración en virtud precisamente del no actuar de la Administración, el mantenimiento del *statu quo* estaría dado más bien en la negativa a que la Administración Pública

⁴²⁰ Siguiendo la línea ejemplificativa que hemos venido dando, de qué le serviría al ciudadano enfermo y que requiera de una intervención quirúrgica inmediata, si lo que resulta de la interposición contencioso-administrativa es el pago de una indemnización por no podersele operar (pensando que dicha indemnización llegue a los herederos del sujeto lo cual no resulta utópico). Cfr. **GIMENO SENDRA, Vicente** y otros, *Curso de Derecho Procesal Administrativo*, op. cit., p. 346-364, aunque referido básicamente a la suspensión del acto administrativo.

⁴²¹ **VALLS GOMBAU, J.F.**, "Las medidas cautelares reguladas en las leyes especiales", op. cit., p. 347. En relación a sus efectos: Cfr. **GIMENO SENDRA, Vicente** y otros, *Curso de Derecho Procesal Administrativo*, op. cit., p. 346.

permanezca inactiva; sería mantener el *statu quo* de los derechos e intereses legítimos de los administrados (que aunque otorgados por el ordenamiento jurídico no están materializados), mediante el ejercicio obligado de las actuaciones administrativas. Aunque la doctrina especialmente civilista hace el análisis desde la perspectiva y diferenciación entre proceso cautelar y medidas cautelares, como una especie dentro del género, no nos ocuparemos de esta dogmática jurídica en el proceso contencioso, por cuanto se aleja del objeto de estudio aquí pretendido.

En relación a nuestro cometido investigativo, la pretensión será el ejercicio de un derecho sustantivo, otorgado por el mismo orden jurídico, con lo cual, si este derecho no es posible ejercerlo a causa misma de la Administración Pública, las medidas cautelares vendrán a prevenir que ése derecho desaparezca en su objeto esencial; como agrega GUTIÉRREZ DE CABIEDES,⁴²² las "medidas preventivas materiales" deberán enderezarse a la conservación del estado de hecho, cuando desaparezca el obstáculo y la facultad jurídica adquiera toda su plenitud; en aplicación a la inactividad, la conservación deberá estar direccionada al derecho y por tanto, a su puesta en práctica y ejecución, desapareciendo en consecuencia el obstáculo, cual es la misma inactividad, y con élla será posible entonces el ejercicio del derecho lesionado.

⁴²² GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Eduardo, "Elementos esenciales para un sistema de medidas cautelares", *op. cit.*, p. 14.

Como se indicó, las medidas que se adopten en el proceso, serán entonces, la institución de aseguramiento del derecho y de la resolución y puesta en ejecución que en su momento se dicte, pues de lo contrario, la justicia se convertiría en una "estafa procesal" como la llama PARADA VÁZQUEZ;⁴²³ son, como lo hemos indicado anteriormente, los medios de que se valen los Tribunales, a instancia del mismo actor, para que el derecho cuya tutela se solicita, permanezca íntegro a la hora de que llegue la resolución y ejecución jurisdiccional, de forma tal que sea realmente posible, ejecutar la sentencia que se genere; por ejemplo, y sin entrar en consideraciones que se discutirán en otros apartados de este capítulo, si a un estudiante por inactividad material de la Administración no se le hace efectiva una beca y el curso lectivo está por iniciar, la medida cautelar, vendría a "adelantar" la suma a percibir, de forma tal, que cuando la resolución judicial llegue a emitirse, ya no sea tarde para que el estudiante inicie su ciclo de estudios; otras contemplaciones, tales como, si lo que se hace es un adelantamiento total de los efectos de la sentencia, así como de su conveniencia o inconveniencia, trataremos de dejarlo clarificado al finalizar este aparte.

Resumimos entonces, como lo hace CHINCHILLA MARÍN, que la tutela cautelar, es una tutela mediata que, más que hacer justicia, sirve para garantizar la eficacia del funcionamiento de la justicia.⁴²⁴

⁴²³ PARADA VÁZQUEZ, Ramón, en el prólogo a la obra de CHINCHILLA MARÍN, Carmen, *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*, op. cit., p. 14.

⁴²⁴ CHINCHILLA MARÍN, Carmen, *Ibidem*, p. 32. Véase también a FERNÁNDEZ, Miguel Ángel, *Lecciones de Derecho Procesal III. La Ejecución forzosa, las medidas cautelares*, op. cit., p. 336, quien con suma claridad, expresa: "Una medida cautelar es más eficaz cuanto más se parece a la correspondiente medida que integrará la futura ejecución, y sólo la prudencia y el

B) Presupuestos.

Dos son los presupuestos esenciales que se le imputan a la teoría general de las medidas cautelares, presupuestos que no se alejan en modo alguno, cuando queremos analizar aquel tipo de medidas cautelares que pueden venir a llenar el vacío existente en relación a la inactividad material administrativa.

a) *Periculum in mora.*

El primero de esos presupuestos está referido a que, por el tiempo que debe mediar entre la interposición de la demanda, por parte del que se siente perjudicado y la resolución jurisdiccional, declarando en muchos casos, primeramente el derecho y luego ejecutándolo, existe un evidente riesgo a que se puedan producir daños al derecho o interés del administrado; ese "peligro", al cual nos hemos referido anteriormente, es precisamente el "*periculum in*

respeto por los derechos de quien aún no ha sido condenado (y puede que nunca lo sea) marcan los límites de esta similitud. De aquí que las medidas cautelares pertenezcan lato sensu a la ejecución forzosa y que su estudio deba realizarse en conexión inmediata con ella. Aunque sólo sea porque: toda medida cautelar existe en función de una (posterior y eventual) medida ejecutiva: aquélla, sirve sólo para preparar ésta. Por eso se dice que las medidas cautelares son instrumentales (porque sólo tienen sentido en función, simultáneamente, de una ejecución futura y de un proceso de declaración ya comenzado o que ha de comenzar de inmediato); y provisionales (porque se extinguen con el proceso de declaración: finalizado éste, la medida cautelar o se convierte en ejecutiva porque el actor obtiene una sentencia favorable, o se extingue de modo definitivo).

Como antes se adelantó, la que se adopte como medida cautelar debe ser semejante ("parecida" u "homogénea", si se quiere) a la medida ejecutiva que en su día deba acordarse para la efectividad de la sentencia. De esta semejanza dependen por igual su utilidad y su licitud."

mora". En otras palabras, es el daño marginal, "que como consecuencia de la duración del proceso principal se produciría o agravaría si la medida cautelar no fuera adoptada, privando así total o parcialmente de efectividad práctica a la resolución judicial que ponga fin a dicho proceso."⁴²⁵

La nota característica la va a imponer el retraso que va a existir normalmente en todos los procesos jurisdiccionales, de allí que la alegación del *periculum in mora*, va a aparecer siempre que, del proceso se pueda intuir - cosa no extraña en los procesos judiciales-, que cuando el Juez o Tribunal emita la correspondiente Sentencia, ésta será inefectiva por cuanto el derecho alegado ya no existe, causando éste un grave perjuicio para el recurrente. Si las medidas cautelares, vienen a garantizar la efectividad de las resoluciones judiciales, este presupuesto va a autorizar indiscutiblemente que se tomen todos los "instrumentos" que sean pertinentes y posibles, para resguardar y proteger el objeto mismo de la pretensión. Como expresa CALDERÓN CUADRADO, este presupuesto está estrechamente unido, no sólo al origen sino a la propia función que debe realizar la cautela.⁴²⁶

Los efectos que se generen del mismo proceso son los que van a determinar la disposición de medidas que vengan a paliar los efectos de contenido negativo, que tenga el paso del tiempo para la resolución final del litigio. Y vamos más allá, los efectos negativos ya están dados con la misma

⁴²⁵ VALLS GOMBAU, J. F., "Las medidas cautelares reguladas en las leyes especiales", *op. cit.*, p. 55.

⁴²⁶ CALDERÓN CUADRADO, María Pía, *Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil*, *op. cit.*, p. 45.

inactividad; el hecho se consume con la inacción administrativa, por lo que la demostración del mismo estará justificada con la inmaterialización del derecho que le asiste al particular petente. Sobre el particular, "la medida cautelar tiene sentido si hay un derecho que necesita una protección provisional y urgente, a raíz de un daño ya producido o de inminente producción, mientras dure un proceso en el que se discute precisamente una pretensión de quien sufre dicho daño o su amenaza. Sin este peligro, que cautelarmente hay que frenar para que el objeto del proceso se mantenga íntegro durante el tiempo que dure, no hay medida cautelar."⁴²⁷

Centrándonos en el tema de la inactividad material de la Administración Pública, el *periculum in mora*, expresará la voluntad del órgano jurisdiccional de detener, sin efectos perniciosos, el no actuar por parte de la Administración. Y creemos que, en este tipo de procesos, sería una manifestación plena del principio, en tanto en cuanto, el riesgo y peligro de que la inacción administrativa cause un daño al administrado, es evidente y manifiesto, especialmente si nos encontramos con actividad legalmente delegada y no

⁴²⁷ **CHINCHILLA MARÍN, Carmen**, *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*, op. cit., p. 42. Véase de la misma autora: "El derecho a la tutela cautelar como garantía de la efectividad de las resoluciones judiciales", en *Revista de Administración Pública*, N° 131, mayo-agosto 1993, pp. 172 y ss. Se refiere también a esta figura: **CAMPO CABAL, José Manuel**, *Medidas cautelares en el contencioso administrativo*, op. cit., p. 12-13, quien expresa resumidamente la razón de ser de las medidas cautelares en relación a la potencialidad del daño: "...la razón de las medidas cautelares se funda en el desarrollo prolongado del proceso para expedir la sentencia; para contrarrestar, lo cual el Estado proporciona unos mecanismos jurídicos, que son justamente las medidas cautelares; si el proceso se desarrollara en una forma razonablemente breve no serían necesarias las cautelares, pero como en la vida jurídico-práctica no podemos dar cuenta de que esto no suceda; para evitar el ulterior daño marginal ocasionado por el retraso en el fallo que decide el proceso, aquellas deben surgir a la vida jurídica; además las cautelas nacen a la vida para evitar que los efectos de la sentencia sean meramente literarios, y que los ciudadanos puedan hacer caso de ellas para garantizar y mantener sus derechos mientras pende el proceso."

ejercida por los órganos administrativos. A pesar de que el sujeto tenga el derecho legalmente, el paso que medie para que el órgano jurisdiccional ejecute el mandato legal de acción, puede hacer que ese derecho desaparezca como tal y se lesione así al administrado; piénsese, por ejemplo, en el particular que requiere de la conexión de los servicios de agua en su vivienda; aquí el perjuicio, el daño, el peligro es evidente, por lo que la manifestación del *periculum in mora*, justifica el disponer, como medida cautelar, la inmediata conexión del servicio, mientras se sustancia el proceso y se emita la correspondiente resolución (siempre que no existan impedimentos legales con la debida fuerza jurídica).

b) *Fumus boni iuris.*

Este presupuesto constituye otro de los postulados esenciales para la adopción de las medidas cautelares.⁴²⁸ Al darse la correlatividad de la interposición de un proceso y el derecho que le asiste a quien lo interpone, la "apariencia de buen derecho" es determinante para que, por intermedio del órgano jurisdiccional, pueda cesar el daño que se esté ocasionando.

⁴²⁸ Discrepa de los términos de esencialidad y suficiencia de este presupuesto para basar la tutela cautelar que se utiliza en el Auto del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 1990 y el Auto del Tribunal Supremo de 17 de enero de 1991, esgrimiendo que la esencialidad y suficiencia la constituye el *periculum in mora*: **CHINCHILLA MARÍN, Carmen**, en: "El derecho a la tutela cautelar como garantía de la efectividad de las resoluciones judiciales", *op. cit.*, pp. 172 y ss.

El derecho que le asiste al particular determina la necesidad de un juicio previo y positivo por parte del órgano jurisdiccional (sin llegar a prejuzgar⁴²⁹ en el estricto sentido de la palabra); se hace una presunción de la final resolución favorable al derecho del administrado y ello, por cuanto exista claridad (con los límites propios) tanto en el derecho que se está alegando, como en el daño que se esté produciendo. Sin embargo, "este *fumus bonis iuris* no puede, en absoluto, suponer que tan sólo se va a adoptar la medida cuando se tenga convencimiento absoluto de que se va a estimar la pretensión del actor, dado que ello implicaría la actividad probatoria encaminada a lograr el convencimiento del órgano jurisdiccional acerca de la concurrencia de todos los presupuestos necesarios para adoptar dicha resolución. Implica por tanto, una mera probabilidad de este presupuesto, lo que conlleva la aparición de esa situación jurídica necesitada de cautela."⁴³⁰

Aquí, lo que se hace presente es la probabilidad del éxito del alegato del derecho que se esté haciendo en vía jurisdiccional, y se fundamenta en que la medida cautelar es, en términos generales -y con mucha más razón en las medidas de contenido positivo-, un adelantamiento de los mismos efectos que finalmente se lograrían en la resolución final, situación que ocasionalmente podría causar daño a la parte contraria en el litigio (que en nuestro caso sería la propia Administración Pública, en caso de que "la apariencia de buen

⁴²⁹ Cfr. **ESCUSOL BARRA, Eladio** y **RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ, Jorge**, *Derecho Procesal Administrativo*, op. cit., p. 354.

⁴³⁰ **BARONA VILAR, Silvia**, "Las medidas cautelares: Introducción", op. cit., p. 24. Cfr. **ORTELLS RAMOS, Manuel** y **CALDERÓN CUADRADO, María Pía**, *La tutela judicial cautelar en el Derecho español*, op. cit.

derecho" del administrado estuviera mal concebida). Para VALLS GOMBAU, en cuanto las medidas cautelares se enderezan a asegurar la efectividad de la futura y eventual sentencia estimatoria que se dicte en el proceso principal, parece evidente que la adopción por el órgano judicial de tales medidas, debe ir precedida de un juicio favorable sobre la verosimilitud del derecho o interés que se alega como existente, de tal modo que aparezca como probable, la ulterior estimación en la sentencia de la pretensión hecha valer por el demandante.⁴³¹

Mediante esta figura el interesado afirma, con su alegato, la presencia de un derecho que dice asistirle y que el Juez o Tribunal debe proceder a otorgar, basándose no en la certeza sino en la apariencia, en la existencia del derecho requerido, y como señala el principio jurisprudencial, ampliamente mencionado por la literatura de la materia: "a quien tiene la razón no puede resultarle perjuicio alguno por el proceso necesario para que se le reconozca esa razón". Esto es, porque, como continúa afirmando CALDERÓN CUADRADO, la medida cautelar podrá adoptarse cuando "aparezca como jurídicamente aceptable la posición del solicitante", cuando la situación jurídica cautelable se presente "como probable con una probabilidad cualificada", cuando, en definitiva, el órgano jurisdiccional aprecie que el derecho, en el cual

⁴³¹ VALLS GOMBAU, J. F., "Las medidas cautelares reguladas en las leyes especiales", *op. cit.*, p. 157, asimismo, aclara el citado autor que este presupuesto no es recogido por la vigente Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, pero sí aceptado por la jurisprudencia (Auto de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 20 de dic. 1990).

se funda la pretensión objeto del proceso principal, es verosímil y por tanto la resolución final del mismo será previsiblemente favorable al actor.⁴³²

En materia de inactividad, creemos que esa "apariencia" resulta más que evidente, porque el silencio no formal de la Administración es la expresión misma de una radical falta de contestación seria -dirá GARCÍA DE ENTERRÍA-⁴³³ por parte de la Administración a las pretensiones "aparentemente" fundadas de los ciudadanos. Ha de convertirse, por tanto, en un supuesto absolutamente normal de aplicación de las medidas cautelares; de todas, tanto las meramente suspensivas del acto recurrido, como, de manera quizá especialmente oportuna, del otorgamiento cautelar de los actos administrativos omitidos cuando son reglamentariamente debidos.

Nuevamente, autores como el precitado GARCÍA DE ENTERRÍA, señalan la valoración *prima facie* que debe privar para el otorgamiento de las medidas cautelares por vía jurisdiccional, valoración que incluye la tutela inicial y previa del derecho que le puede asistir al perjudicado (el citado autor las llama provisionales e inmediatas), tratándose de un derecho alegado real y

⁴³² CALDERÓN CUADRADO, María Pía, *Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil*, op. cit., pp. 41-43, por otra parte agrega que: el riesgo de una concesión errónea lo intenta compensar el legislador declarando que la adopción de la medida se realiza de cuenta del solicitante y exigiendo en ciertas ocasiones la prestación de una fianza, tema sobre el cual nos ocuparemos en los próximos puntos de análisis. Por su parte GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo en: "La nueva doctrina del Tribunal Supremo sobre medidas cautelares: La recepción del principio del *fumus boni iuris* (Auto de 20 de diciembre de 1990) y su trascendencia general", op. cit., p. 77, señala en referencia a este Auto que: "Esta apariencia, aun siendo sólo eso -dice el Auto-, basta en un proceso cautelar para otorgar la protección provisional solicitada".

⁴³³ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, "La consolidación del nuevo criterio jurisprudencial de la «apariencia de buen derecho» para el otorgamiento de medidas cautelares. Silencio administrativo y apariencia de abuso de la ejecutividad", en Revista española de Derecho Administrativo, N° 70 abril-junio 1991, p. 260.

efectivo y no en la fundamentación de meras expectativas de llegar a sufrir un perjuicio. Así, este autor en su completa obra: "La batalla por las medidas cautelares", y señalando senda jurisprudencia nacional en relación a la valoración *fumus boni iuris* que deben realizar los Tribunales, manifiesta que el riesgo de que se frustre la tutela efectiva "obliga al juez que decide la medida cautelar a intentar una valoración *prima facie* de las respectivas posiciones, de forma que debe otorgar la tutela cautelar a quien tenga «apariencia de buen derecho» (*fumus boni iuris*), precisamente, para que la parte que sostiene una posición injusta manifiestamente no se beneficie, como es tan frecuente, con la larga duración del proceso y con la frustración, total o parcial, grande o pequeña, que de esa larga duración va a resultar para la otra parte como consecuencia del abuso procesal de su contrario. Este replanteamiento obliga a una valoración *prima facie*, no completa, puesto que el proceso puede estar en sus inicios y no se han producido aún alegaciones de fondo ni prueba; valoración, por tanto, provisional y que no prejuzga lo que finalmente la Sentencia de fondo ha de realizar más detenidamente. Es así, en la expresión latina (...), el «humo de buen derecho», el perfume u olor de buen derecho, el que se aprecia, no el «buen derecho» en toda su extensión, que no podrá hacerse hasta la decisión de fondo del proceso."⁴³⁴

⁴³⁴ **GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo**, *La batalla por las medidas cautelares. Derecho Comunitario, Europeo y proceso contencioso-administrativo español*, op. cit., p. 175. Este mismo autor en: "La nueva doctrina del Tribunal Supremo sobre medidas cautelares: La recepción del principio del *fumus boni iuris* (Auto de 20 de diciembre de 1990) y su trascendencia general", op. cit., p. 81, expresa que es una valoración "sumaria" y "provisional" del fondo discutido. Para **GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Eduardo**, "Elementos esenciales para un sistema de medidas cautelares", op. cit., p. 16, el proceso de valoración del juez debe estar fundamentado en la presentación de un título, como exigencia de un previo proceso de declaración, situación que complica aquellos casos en los que nos enfrentamos a casos de inactividad material de la Administración, en donde el particular no puede contar con un título que lo legitime para la acción. Sin embargo, alguna luz de solución arroja al plantear que este

Esta "apariencia" no indica la indiscutibilidad del derecho que se reclama jurisdiccionalmente; esto quiere decir que por el hecho de que exista todo un conglomerado de situaciones, de las cuales se deduzca que existe un gran margen de apreciación para entender que es necesario tomar ciertas medidas cautelares para resguardar el derecho, la resolución final no necesariamente tendría que ser consecuente con lo pedido, aún cuando nos enfrentemos a un problema de adelantamiento casi total, en muchos casos, de los efectos finales de la resolución (pero necesarios).⁴³⁵ Por otra parte, también se debe considerar que las circunstancias por las cuales se solicita la implementación de una medida cautelar, puedan variar en ese tiempo que media en el proceso y por lo tanto deban variar también las medidas que en su momento se tomaron, que es lo que en doctrina se llama la "variabilidad de las medidas cautelares"; de allí que la **provisionalidad** sea una de sus características,⁴³⁶

título debe tener flexibilidad, de manera tal que sea el juez quien determine y valore si el título aporta una apariencia de prueba suficiente para acordar la medida ("*semi plena probatio*").

⁴³⁵ En este sentido, véase lo dicho por **GUASP DELGADO, Jaime**, *Derecho Procesal Civil*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1977, p. 696, quien, en relación con los efectos del proceso cautelar, acota: "son substancialmente los que se derivan de su concepto, ya que tienden a facilitar los efectos de un proceso principal, mediante la anticipación a que en su caso, daría lugar a la ejecución de los resultados de este". También remítase a lo dicho por **PASTOR BORGONÓN, Blanca** y **GINDERACHTER, Eric van**, *El procedimiento de medidas cautelares ante el Tribunal de las comunidades europeas*, Edit. Civitas, Madrid, primera edición, 1993, p. 31, en especial cuando analiza el carácter de homogeneidad de las medidas cautelares con las medidas ejecutivas y señala además que, si bien debe existir un paralelismo entre las actuaciones cautelar y ejecutiva, nunca podrá ordenarse en el ámbito del procedimiento cautelar una medida que anticipe todos los efectos de la eventual sentencia favorable a la parte que ha solicitado la protección provisional del juez, porque ello tendría como consecuencia la creación de una situación irreversible, que convertiría en inútil una eventual sentencia contraria a dicha parte. **BARONA VILAR, Silvia**, "Las medidas cautelares: Introducción", *op. cit.*, p. 19 parte de la conceptualización que da **CALAMANDREI, P.**, *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*, *op. cit.*, expresando que: "el núcleo fundamental de la doctrina de Calamandrei radica en afirmar que las medidas cautelares están preordenadas a una resolución definitiva, cuya eficacia viene asegurada por aquéllas preventivamente".

⁴³⁶ Haciendo la salvedad que la **provisionalidad** estará siempre referida a la medidas cautelares en su aspecto material, ya que no lo será por su propia naturaleza ni el *FUMUS BONIS IURIS* ni el *PERICULUM IN MORA*, véase en este sentido a **CHINCHILLA MARÍN**,

en virtud de que existirán las medidas, en tanto se dicte la resolución definitiva, aún cuando la resolución coincida plenamente con la ejecución del objeto que ha merecido la medida cautelar y sea, en términos generales, una continuación intrínseca de sus efectos. Como anota BARONA VILAR, aunque en alusión a la rama civil, pero aplicable por antonomasia al contencioso-administrativo, dice: "partiendo del principio rebus sic stantibus las medidas cautelares van a poder variarse, en tanto en cuanto se produzca variación de los presupuestos o motivos que hayan dado soporte a la adopción de las mismas. De este modo pueden ser modificadas, sustituidas por otras, alzadas (...) si cambian los presupuestos que sirvieron para llegar a la adopción de las mismas."⁴³⁷

Y lo dicho nos coloca nuevamente en el punto inicial, en cuanto a la valoración que debe hacer el Juez o Tribunal del derecho que se dice infringido,⁴³⁸ ya que de su juicio y ponderación final, dependerá la irreversibilidad del daño que se pueda producir tanto al administrado solicitante -por la no ejecución de su derecho por parte de la Administración Pública- tratándose de casos de inactividad material, como el daño que pueda sufrir la

Carmen, *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*, op. cit., p. 34. Se refiere también a la "provisionalidad" entre otros: **CAMPO CABAL, José Manuel**, *Medidas cautelares en el contencioso administrativo*, op. cit., p. 192. Cfr. **VALLS GOMBAU, J. F.**, "Las medidas cautelares reguladas en las leyes especiales", op. cit., pp. 41-43.

⁴³⁷ **BARONA VILAR, Silvia**, "Las medidas cautelares: Introducción", op. cit., p. 21. Cfr. **VALLS GOMBAU, J. F.**, "Las medidas cautelares reguladas en las leyes especiales", op. cit., p. 45.

⁴³⁸ Aunque, si bien es cierto, queda claro que el papel potestatorio del Juez es indiscutible para tomar las medidas que crea convenientes, también es cierto que, como señala **CHINCHILLA MARÍN, Carmen**, en: *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*, op. cit., p. 56, "si el juez no estuviera nunca obligado a otorgar la tutela cautelar y, por tanto, el recurrente no pudiese nunca pretender dicho otorgamiento, en los casos en que la efectividad de la justicia dependiese de esa protección cautelar, se estaría negando abiertamente la misma. Si el juez (...) pudiese adoptar o no las medidas cautelares, a su libre arbitrio, puede decirse que la categoría que contemplamos sobra."

Administración por la adopción de medidas cautelares con efectos de adelantamiento de un derecho que no le pertenecía al particular (causando con ello un daño al interés público). Sobre este último concepto y aún cuando no entraremos en un análisis de las controversias doctrinarias que se han generado, sí se hace preciso mencionar, que en relación a la consideración y equilibrio que debe de existir entre el interés público y el interés del particular afectado, a fin del otorgamiento de las medidas cautelares, para el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA, la salvedad que se hace, con el propósito de aplicar una tutela judicial por intermedio de las medidas cautelares, fundamentada en el perjuicio al interés público, no puede, en modo alguno, deducirse del artículo 24 de la Constitución Española, ya que de su lectura no se infiere que deba entenderse: "salvo perjuicio del interés público"; y, por el contrario, hay que entender en su sentido más amplio, la expresión utilizada en el artículo 103.1 del mismo texto constitucional, en cuanto al sometimiento pleno de la Administración a la Ley y al Derecho. En resumida expone este autor: "Del mismo modo que las Sentencias se dictan en favor de quien tiene derecho, sin que el simple interés público pueda invocarse para evitar esa consecuencia, así también la tutela cautelar, que se incardina como estas nuevas decisiones del Tribunal Supremo han desvelado en el mismo artículo 24 de la Constitución, (sic) no puede condicionarse tampoco a ese supuesto e insólito interés o "razón de Estado"."⁴³⁹

⁴³⁹ **GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo**, *La batalla por las medidas cautelares. Derecho Comunitario, Europeo y proceso contencioso-administrativo*, op. cit., p. 215. También del mismo autor: "La consolidación del nuevo criterio jurisprudencial de la «apariencia de buen derecho» para el otorgamiento de medidas cautelares. Silencio administrativo y apariencia de abuso de la ejecutividad", op. cit., p. 264.

Criterio contrario y expresamente confrontado con el anterior, es sostenido por CHINCHILLA MARÍN, que apunta lo siguiente: "Es, por tanto, un tema de remisión al juez, quien -a la luz de las circunstancias concretas- adoptará o no una medida cautelar a la vista de la intensidad de las exigencias del interés público, de la intensidad del *periculum in mora* invocado por el particular y de la proporcionalidad de las distintas medidas que se barajen respecto al interés que debe prevalecer. Es, por así decirlo, una cuestión de pesos y medidas que por la naturaleza de los intereses en juego se convierte en una tarea delicada y, quizás, incómoda para los jueces."⁴⁴⁰ Para esta jurista, el interés general sí debe prevalecer sobre un interés privado, como se deriva de la cláusula social del Estado y de un principio tan elemental como es el de la solidaridad, a pesar de esta disyuntiva doctrinal y de la diferencia de criterios que se sostienen. A pesar de ello y consciente de la diferencia de criterios en especial con el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA, concluye en una posición quizás Salomónica, que "no serán tantos los supuestos en los que, por exigencias del interés general, sea absolutamente necesario ejecutar un acto administrativo o denegar una medida cautelar solicitada, a pesar de que concurren las condiciones necesarias para su adopción, esto es, el *periculum in mora* y el *fumus boni iuris*. Serán casos excepcionales, de esos en los que cobra vigencia el principio *salus publica suprema lex est*, y desde luego la

⁴⁴⁰ CHINCHILLA MARÍN, Carmen, *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*, op. cit., p. 177. También de la misma autora, véase: "El derecho a la tutela cautelar como garantía de la efectividad de las resoluciones judiciales", op. cit., pp. 177-178.

Administración tendrá que argumentarlo con motivos serios y no con alusiones genéricas al interés público."⁴⁴¹

Posiciones intermedias la encontramos en GONZÁLEZ-VARAS IBAÑEZ, para quien, y refiriéndose a la llamada "orden provisional" del derecho alemán, el interés público debe ser predominante. Paralela a la "medida cautelar" aquí analizada, deben valorarse los intereses públicos y privados o de un tercero, "la reparabilidad o irreparabilidad de los perjuicios que se ocasionarían en el interesado, en la generalidad o en un tercero; por otra parte, las consecuencias que se producirían por la concesión o denegación de la orden provisional, en especial cuando no hay grandes perspectivas de éxito de la cosa principal. Ha de atenderse al principio de proporcionalidad, del cual resulta que habrá de dictarse en todo caso la medida que resulte lo menos lesiva posible. Considerará, en fin, el peligro de que se produzca una desventaja ilegal, en relación con los distintos intereses en juego en el caso planteado (...). Ha de constar con certeza de las alegaciones del interesado la procedencia de la orden provisional, no bastando la mera posibilidad o evento de que se produzca la situación presentada. Si se cumplen las condiciones de admisibilidad y estimación, se dicta esta medida cautelar."⁴⁴²

Por último, encontramos lo que al respecto indica LÓPEZ RODÓ, diciendo que, con frecuencia parece confundirse el interés público o general

⁴⁴¹ *Ibidem*, p. 185.

⁴⁴² GONZÁLEZ-VARAS IBAÑEZ, Santiago, *La jurisdicción contencioso-administrativa en Alemania*, op. cit., p. 296.

(que es el que la Ley trata de proteger) con el interés de la Administración recurrida, que muchas veces no resulta tan claro. Lo inaceptable de esta situación es que el perjudicado sea el particular a quien la Constitución reconoce un derecho fundamental a la tutela cautelar.⁴⁴³

C) Característica esencial de las medidas cautelares: la adopción en tiempo o urgencia.

Ya hemos analizado supra el riesgo y el peligro que puede entrañar el paso del tiempo y la lentitud con la que usualmente se llegan a concretar en términos materiales las resoluciones jurisdiccionales, además, de que, en virtud de ése riesgo, las medidas cautelares constituyen un contrapeso para no hacer nugatorio dichos derechos; entonces se implanta la necesidad de que estas medidas de cautela que se adoptan, sean con la **rapidez e inmediatez** que requiere cada caso en concreto, ya que, de lo contrario, carecería de todo sentido jurídico-lógico la interposición de las mismas. Si al particular afectado se le obstaculiza también su defensa en la lentitud de la adopción de medidas paliativas, también se le está vedando la justicia y la tutela judicial se vería como un tópico sin resolver.

En tanto las medidas cautelares sean una garantía para asegurar y garantizar los futuros efectos de una resolución confirmatoria del derecho, la

⁴⁴³ **LÓPEZ RODÓ, Laureano**, "Las medidas cautelares en la jurisdicción contencioso-administrativa" en: Tribuna sobre La reforma de la jurisdicción contencioso-administrativa, dirigida por Jesús González Pérez, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Madrid, 1997, p. 167.

"urgencia" con la que el Juez o Tribunal las adopte, será el fundamento mismo de una tutela real y efectiva. Muchos casos podrán ubicarse en que la pretensión procesal del sujeto afectado, no pueda esperar a que llegue una resolución judicial; piénsese en el caso, ya apuntado, del estudiante que necesita que su beca se haga efectiva para iniciar el curso lectivo, situación en la cual el sujeto afectado no puede esperar, claro está, a que la resolución judicial obligue a la Administración a hacer efectivo dicho estipendio porque está seguro llegará cuando haya terminado el curso lectivo.

En consecuencia, aquellos casos que por su naturaleza intrínseca no puedan esperar a una declaración y ejecución posterior, son determinados por la urgencia y perentoriedad de lo que se discuta. Por esta causa, el carácter preferente señala su instauración, aún cuando esta característica deba ser desprendida del propio ordenamiento y no esté expresamente indicada, como lo apunta BARONA VILAR, "la adopción de medidas cautelares va a suponer normalmente la tramitación de un procedimiento breve al que habrá de darse, según podemos desprender de los preceptos reguladores de las medidas cautelares, un carácter preferente. En realidad vamos a encontrarnos muchos supuestos en los que nada se dice de dicha tramitación preferente, pero se desprende, por así decirlo, del propio espíritu de la ley. Y existen otros supuestos en los que expresamente se hace mención de esta tramitación preferente en el procedimiento para la adopción de la medida cautelar."⁴⁴⁴

⁴⁴⁴ **BARONA VILAR, Silvia**, "Las medidas cautelares: Introducción", *op. cit.*, p.43.

En nuestro caso, la adopción de medidas cautelares de tipo positivo - que aún no hemos analizado detenidamente-, adquiere especial connotación, por cuanto se trata más bien de obligar a la Administración a "un hacer" o a "un dar" (en la mayoría de los casos); se trata, en la especie, de que el órgano administrativo ejercite su deber (materializar la beca, dar la subvención, recoger la basura, limpiar las calles, poner las señales de tránsito, arreglar la carretera, cerrar el local comercial que ilegalmente funciona, obligar a un tercero a quitar una valla de la entrada de otro particular, etc.). No se tratará entonces, de la suspensión de un acto administrativo que perjudica al administrado, por el contrario, la pretensión es hacer que la Administración Pública lleve a cabo un acto u obligación que expresamente le está atribuida mediante un acto inejecutado, o bien, deber originado de una norma legal o reglamentaria que no precise de actos de aplicación, pudiendo ser también estipulaciones de contratos o convenios (artículo 28.1 último proyecto de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 1997). En todo caso, lo que se impone como necesario, es que el medio o instrumento se haga eficaz en el momento preciso y haga efectiva una posible resolución confirmatoria de ese derecho invocado por el ciudadano, con la rapidez y eficacia que la misma Justicia impone.

Por tanto, si dicha adopción se hace en el momento preciso y justo del proceso, por lo menos en alguno o algunos de sus efectos (los de mayor riesgo de desaparición del objeto mismo del litigio), resguardando así el derecho, se

cumple con los postulados que el constituyente quiso implementar en el sistema.

D) ¿Necesidad del otorgamiento de una fianza o caución?

Al adoptarse las medidas necesarias pertinentes para asegurar el derecho discutido, fundamentado el Juez o Tribunal en el *fumus boni iuris*, evitando así el *periculum in mora*, puede perfectamente incurrir en un error de apreciación causando con ello un grave perjuicio a los intereses de la contraparte (que en nuestro caso se trata de los intereses de la Administración Pública o bien de un tercero, en aquellos casos en que la Administración Pública tenga que actuar sobre el patrimonio de un tercero).

Es por ello, que la doctrina civilista ha equilibrado la posibilidad de perjuicios, mediante el otorgamiento de una caución, o como la llaman algunos doctrinistas: "contracautela"⁴⁴⁵ o "cautela de la cautela";⁴⁴⁶ a pesar de ello, supletoriamente, podemos aplicar estos mismos principios al proceso contencioso-administrativo, ya no como una situación preceptiva de exigencia

⁴⁴⁵ GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Eduardo, "Elementos esenciales para un sistema de medidas cautelares", *op. cit.*, p. 17, expresa en referencia a éste concepto de contracautela, que: "En principio no habría inconveniente en la adopción de la medida cautelar solicitada por el actor, siempre que ésta se encuentre, claro está, dentro del ordenamiento jurídico, si simultáneamente a la petición de la medida, presta fianza suficiente que salga garante de la inadecuada petición del actor."

⁴⁴⁶ VALLS GOMBAU, J. F., "Las medidas cautelares reguladas en las leyes especiales", *op. cit.*, p. 246, el cual dice: "En nuestra opinión, pues, la caución es una medida cautelar o contracautela que se utiliza para evitar que un relativamente insuficiente *fumus* o un insuficiente acreditado *periculum*, conduzca en todo caso a la no adopción de otra medida cautelar..."

de una caución, sino como una posibilidad facultativa del juzgador,⁴⁴⁷ en el mérito de las situaciones y circunstancias que medien en cada caso en concreto.

La caución puede ser definida -FAIRÉN GUILLÉN- como "un medio para asegurar preventivamente el eventual derecho al resarcimiento de perjuicios que puedan surgir si en el juicio declarativo es revocada la medida provisional (cautelar)."⁴⁴⁸ Esta "fianza"⁴⁴⁹ es el aseguramiento de que el particular que interpone la acción contencioso-administrativa, lo está haciendo con la seriedad, responsabilidad y conciencia de los efectos que la adopción de una medida cautelar, puede producir en la esfera de la otra parte; porque las medidas cautelares son de ordinario controvertidas pues, si favorecen a quien las solicita de los Tribunales, la Administración podría entender, según la situación, que son entorpecedoras y los terceros interesados pueden estar unos a favor y otros en contra de su adopción.⁴⁵⁰

⁴⁴⁷ Véase **GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo**, *La batalla por las medidas cautelares. Derecho Comunitario, Europeo y proceso contencioso-administrativo español*, op. cit., p. 271, en donde además acota que la caución es facultativa, por cuanto la aplicación del artículo 1.428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no es igualmente invocable en un proceso contencioso-administrativo, ya que la Administración ha ejercitado previamente su formidable privilegio de la autotutela, creando ella misma unilateralmente, por tanto, la situación posesoria que el recurso contencioso intenta remover, literalmente indica: "El artículo 1.428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil tiene un valor meramente supletorio en los procesos contencioso-administrativos y las normas supletorias sólo juegan en defecto de normas y principios propios del Derecho Administrativo, como es sabido. El principio aplicado es aquí el constitucional del artículo 24, y, en último extremo, el artículo 124 de la Ley Jurisdiccional, que hace facultativa y no preceptiva la exigencia de una caución, procedente sólo si la medida cautelar fuese susceptible de causar perjuicios."

⁴⁴⁸ Citado por **VALLS GOMBAU, J. F.**, "Las medidas cautelares reguladas en las leyes especiales", op. cit., p. 245.

⁴⁴⁹ Término "impropio", según **ORTELLS RAMOS, Manuel** y **CALDERÓN CUADRADO, María Pía** en *La tutela judicial cautelar en el Derecho español*, op. cit., p. 17.

⁴⁵⁰ **LÓPEZ RODÓ, Laureano**, "Las medidas cautelares en la jurisdicción contencioso-administrativa", op. cit., p. 135.

Así, tal y como se especificó en el punto anterior, la **urgencia** es entonces, un elemento que juega un papel preponderante a la hora de la toma de la decisión por parte del órgano jurisdiccional, que es la que justificará, en última instancia, la necesidad de su adopción, tal y como señala CHINCHILLA MARÍN: "En las medidas cautelares -advirtió CALAMANDREI- hay un cierto riesgo, *inherente* al estado de incertidumbre del derecho que justifica la medida de urgencia. Si después resulta que el derecho no existe y que la aplicación de la medida cautelar fue inútil e incluso dañó injustamente a la otra parte, ésta tendrá derecho al resarcimiento de daños. Pero no porque la medida cautelar fuese ilegítima, sino -dice CALAMANDREI- porque cada acción cautelar, debido a la urgencia con que se adopta, lleva consigo un cierto margen de error que constituye el precio de la rapidez con que se otorga, precio que lógicamente tiene que pagar el que se aprovecha de ella."⁴⁵¹

Este tipo de garantía o caución, se podría observar muy claramente en aquellos casos, en los que se trate de una suspensión de los efectos del acto administrativo; sin embargo, tratándose de casos en los que el Estado aún no ha actuado, en cierta forma sometemos al particular afectado con dicha inactividad, a que, aunado al hecho que la Administración no ha actuado y por tanto no ha ejercido su derecho, deba tener que desembolsar una caución que

⁴⁵¹ Véase CHINCHILLA MARÍN, Carmen, *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*, op. cit., p. 37. Señala esta misma autora en: "El Derecho a la tutela cautelar como garantía de la efectividad de las resoluciones judiciales", op. cit., p. 172 que, el órgano judicial ha de garantizar también la efectividad de la resolución judicial que en su día pudiese recaer "a favor" del acto administrativo. Cfr. CAMPO CABAL, José Manuel, *Medidas cautelares en el contencioso administrativo*, op. cit., p. 199.

en la mayoría de los casos es pecuniaria, a fin de que se pueda dar la actuación administrativa; es, en definitiva, un doble "perjuicio" que debe sufrir el administrado perjudicado.

Sin detrimento de lo anterior, siendo consecuentes con una filosofía de justicia y de igualdad de partes, en ciertos casos, no podríamos dejar que la simple interposición de la demanda contencioso-administrativa por inactividad material por el particular, exima del pago de una caución,⁴⁵² máxime si contamos con que las medidas cautelares deben ser principalmente positivas e implican un "adelantamiento" de los efectos de la sentencia⁴⁵³ implicando y comprometiendo en muchos casos disposiciones de bienes y servicios públicos; esto traería consigo, además, el desincentivar aquellas acciones sin fundamento jurídico alguno.

El problema está brindado, la valoración y potestad debe pertenecer en última instancia al Juez o Tribunal; su ponderación deberá ser casuística, de sentido muy restrictivo y contemplativa de diferentes formas de caución sin

⁴⁵² En este mismo sentido se manifiesta **BARONA VILAR, Silvia**, "Las medidas cautelares: Introducción", *op. cit.*, p. 26, especialmente cuando dice que: "...hay que afirmar que el derecho a la justicia gratuita no exime de la prestación de esta fianza, como presupuesto para la adopción de las medidas cautelares. La exención supondría una importante lesión en el interés privado del sujeto pasivo de la medida. En este punto se hace necesario tener en cuenta la STC de 17 de diciembre de 1987, Sala 2, RA 354/1987, BJC 1988-81, pp. 63-72."

⁴⁵³ Y no sobra decir, a pesar de lo dicho en otros apartados de esta investigación, con **ORTELLS RAMOS, Manuel** y **CALDERÓN CUADRADO, María Pía**, *La tutela judicial cautelar en el Derecho español*, *op. cit.*, p. 20, que "las medidas cautelares pueden llegar a tener unos efectos innovativos y anticipativos de la satisfacción de la pretensión deducida en el proceso principal. Ya no se trata de que la conservación de cierta situación implique satisfacción de derechos e intereses que en aquella estaban satisfechos, sino de introducir una innovación, **satisfaciendo lo que extraprocesalmente nunca fue pacíficamente reconocido.**" (El destacado no pertenece al original).

exclusividad de la dineraria, porque, si pensamos en el caso dado del estudiante que requiere la beca para matricular sus estudios, sería un contrasentido, que se le pida una fianza monetaria, si precisamente demanda a la Administración porque no se le ha hecho efectiva la misma y no cuenta con el dinero para hacerlo, aunque sí pueda pensarse en la posibilidad de pedir otro tipo de garantía, en virtud de que, en caso de no asistirle el derecho y la razón, los Tribunales podrían atenuar los efectos negativos que hubiera sufrido el patrimonio de la Administración Pública al hacer efectiva una beca que no contaba con sustento jurídico.⁴⁵⁴

Como observa VALLS GOMBAU, "la caución deberá ser "suficiente" y, por lo tanto, adecuada, para asegurar la eventual responsabilidad de daños y perjuicios que pudieran originarse con la suspensión (bien podríamos aplicarla nosotros a las medidas cautelares positivas), si bien la determinación de la misma debe hacerse "huyendo de toda fijación arbitraria o injustificada, que pudiera llegar a desvirtuar -tanto por exceso como por defecto- las finalidades que en este punto el legislador persigue (...). La caución habrá de acomodarse, pues, al principio de proporcionalidad y, más concretamente, al subprincipio de idoneidad, que presenta entre sus exigencias la adecuación cuantitativa de la medida, en este caso de la contracautela, de ahí que su fijación deba hacerse

⁴⁵⁴ Señala **CAMPO CABAL, José Manuel**, *Medidas cautelares en el contencioso administrativo*, op. cit., p. 207, que entre los elementos a tomar en cuenta están, el valor en los posibles daños y perjuicios, fundamentos en la petición y del proceso principal, situación económica de quien esté obligado a prestar la caución y agrega además que, la caución puede versar sobre cualquier tipo de garantía que a criterio del juzgador preste los méritos suficientes para indemnizar a los potenciales perjudicados con la adopción de la cautela, desde el dinero en efectivo e hipotecas de primer grado sobre inmuebles, hasta pólizas de seguro que tengan la cobertura específica para esa determinada obligación.

siempre atendiendo a la cuantía de los eventuales perjuicios y, muy especialmente, a la capacidad económica que en cada momento posea el sujeto pasivo de la misma."⁴⁵⁵ (El entreparéntesis no pertenece al original). Posición que por lo demás, está clara en que "la fianza, en muchos casos, no permite una restitución íntegra y en especie del daño causado, sino una indemnización. Tampoco hay que olvidar las dificultades de fijar la cuantía de la fianza que está en relación con las dificultades de calcular y cuantificar los daños que pudieran derivarse de la adopción de la medida cautelar. Estas dificultades se multiplican cuando lo que hay que considerar, cuantificar y calcular es el daño que puede causarse al interés general."⁴⁵⁶

Y es que nada obsta para que, como parte de la potestad del Juez, éste deba ser "extremadamente cauteloso", con la adopción de medidas cautelares, máxime tratándose de anticipar efectos de una resolución final pero siempre garantizando el derecho afectado, tal como expresa el Auto del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 21 de marzo de 1991, agregando que no sería justo hacer responsable al particular de las insuficiencias de la Administración, que no puede pretender beneficios de su propia torpeza (*allegans propriam turpitudinem non auditur*), ello si se ventilase en el proceso

⁴⁵⁵ **VALLS GOMBAU, J. F.**, "Las medidas cautelares reguladas en las leyes especiales", *op. cit.*, p. 246. Para **FERNÁNDEZ, Miguel Ángel**, *Lecciones de Derecho Procesal. III. La ejecución forzosa, las medidas cautelares*, *op. cit.*, p. 339, el único mecanismo corrector será la prudencia judicial, necesaria para analizar la situación de riesgo; y unido quizá a la efectiva exigencia de una fianza realista -contracautelar- para asegurar el resarcimiento de los posibles daños y perjuicios.

⁴⁵⁶ **CHINCHILLA MARÍN, Carmen**, *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*, *op. cit.*, p. 49. Destacándose lo dicho anteriormente en cuanto a la discusión doctrinaria de si la medida cautelar debe ser en completa observación al interés público o no, véase página 119 de éste capítulo.

sólo intereses de tipo personal, ya que en el caso concreto de que se trataba, por la insuficiencia del expediente administrativo, impedía a la Sala tomar una medida o decisión cautelar inmediata.⁴⁵⁷

II. LAS MEDIDAS CAUTELARES DE TIPO POSITIVO.

Analizada la figura genérica, dentro de las medidas cautelares, hemos dado algunos esbozos sobre la necesidad de contemplación normativa de las medidas cautelares de tipo positivo que se contraponen a las medidas cautelares que usualmente se invocan de suspensión de actos administrativos, en cuanto estas suponen "un hacer" o "un dar" por parte de la Administración Pública en ocasión a sus deberes y obligaciones legalmente instaurados.

La existencia de las medidas cautelares, no debe ya limitarse a la suspensión de los actos administrativos impugnados, sino ser consecuentes con las diferentes formas de ilegalidades y de violación de derechos que puede cometer (y comete) la Administración Pública (actividad-inactividad), debe necesariamente, tenderse a una reducción de inadmisibilidades y efectos impeditivos de las resoluciones que se dicten.⁴⁵⁸ Como señalara TORNOS MAS, la preservación del objeto litigioso puede reclamar, en ocasiones, la actividad administrativa. Así se justificará la imposición de conductas positivas,

⁴⁵⁷ Auto comentado también por **GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo** en: *La batalla por las medidas cautelares. Derecho Comunitario, Europeo y proceso contencioso-administrativo español*, op. cit., pp. 230 y ss.

⁴⁵⁸ **ALONSO IBÁÑEZ, María del Rosario**, *Las causas de inadmisibilidad en el proceso contencioso administrativo*, Edit. Civitas, primera edición, Madrid, 1996, p. 420.

cuando la demanda frente a la Administración no es de anulación sino de condena, cuando el interés ejercitado no es conservativo sino activo.⁴⁵⁹

El tema ya ha sido abordado por la doctrina nacional, y en este sentido el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA⁴⁶⁰ ha sido claro en la manifestación de la necesidad que esta figura supone en el ordenamiento jurídico español, y no sólo ya por la necesidad que, tanto de la interpretación auténtica de los textos normativos vigentes como por la necesidad misma que la sociedad actual, demanda, sino por ser eco de manifestaciones que, aunque aisladas, ha tenido la jurisprudencia nacional. Con arreglo a la doctrina del Tribunal Constitucional, en Sentencia del 29 de abril de 1993, la existencia de medidas cautelares no ha de limitarse ya a la suspensión del acto impugnado,⁴⁶¹ sino que puede y debe incluir todo cuanto sea adecuado a su finalidad de garantizar la efectividad de la tutela judicial que en su día se otorgue.⁴⁶²

⁴⁵⁹ **TORNOS MAS, Joaquín**, "La situación actual el proceso contencioso-administrativo", *op. cit.*, p. 117.

⁴⁶⁰ Entre otras obras véase, quizá la más contundente y recopilatoria de trabajos anteriores: *La batalla por las medidas cautelares. Derecho Comunitario, Europeo y proceso contencioso-administrativo español*, *op. cit.*

⁴⁶¹ Sobre esta materia me remito a estudios hechos por **TORNOS MAS, Joaquín**, "Suspensión cautelar en el proceso contencioso-administrativo y doctrina jurisprudencial (Comentario a los Autos de la Sala 4ª del Tribunal Supremo de 28, 29 y 30 de marzo y 4 de abril de 1988)", en Revista Española de Derecho Administrativo, N° 61 enero-marzo 1989, y sobre un curioso caso de suspender un acto de suspensión con lo cual se pretendía entonces su ejecución, véase estudio del profesor **GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús**, "La suspensión de la suspensión del acto administrativo (Auto de 15 de julio de 1988)" en Revista Española de Derecho Administrativo, N° 61 enero-marzo 1989, pp. 111-117, señalando, en relación a normas reguladoras de las medidas cautelares, que la interpretación de normas debe ser siempre extensiva cuando se trate de interpretar normas sobre admisibilidad de la pretensión y restrictiva cuando se trate de interpretar los preceptos reguladores de requisitos formales y de admisibilidad (p. 114). Otros estudios sobre la técnica de suspensión de actos administrativos y su insuficiencia ante la inactividad material administrativa: **PAREJO ALFONSO, Luciano**, "La tutela judicial cautelar en el orden contencioso-administrativo" en Revista española de Derecho Administrativo, N° 49 enero-marzo 1986.

⁴⁶² Sentencia que ha sido comentada por **ALONSO IBAÑEZ, María del Rosario**, *Las causas de inadmisibilidad en el proceso contencioso administrativo*, *op. cit.*, p. 420. También **GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo**, "Constitucionalización definitiva de las medidas cautelares contencioso-

Si de lo que se trata es del adelantamiento de alguno o algunos de los efectos de la posible sentencia estimatoria, según la pretensión procesal, a efectos de que cuando llegue ésta no haya desaparecido el derecho u objeto del proceso, en el caso de que la demanda sea por la no actividad administrativa, la única manera de la efectividad de la tutela judicial, así como de cumplir con ése postulado de "aseguramiento", es la de compeler a la Administración a actuar según sea su obligación, en atención a un mandato derivado de los mismos textos normativos. Aquí, la medida cautelar vendría a "imponer" a la Administración Pública determinadas conductas, bien sean de "dar", de "hacer", o en los menos casos de "dejar de hacer".⁴⁶³

Y es que el recuerdo y la remisión a lo planteado ya hace varios lustros por el profesor NIETO, con perfecto atino y visionario de lo que hoy día se está proponiendo, es obligado en este punto, cuando dice que, "si el Tribunal Supremo y el Constitucional ya se han decidido a admitir el control de la inactividad material de la Administración, no pueden quedarse a mitad de camino, puesto que, consecuentes consigo mismos, han de admitir también la posibilidad de suspender la producción de los efectos nocivos e irremediables

administrativas y ampliación del campo de aplicación (medidas positivas), y jurisdicción plenaria de los Tribunales Contencioso-Administrativos, no limitada al efecto revisor de actos previos. Dos Sentencias Constitucionales", *op. cit.*, p. 475 y ss. Cfr. **GUILLÉN PÉREZ, María Eugenia**, *El silencio administrativo (El control judicial de la inactividad administrativa)*, *op. cit.*, pp. 294-295 (cita además Autos de 20 de diciembre de 1990, 17 de enero de 1991, 10 de julio de 1991 como los del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 21 de marzo de 1991 y 14 de octubre de 1991, resoluciones que se ha situado a la vanguardia jurisprudencial al no dudar en conceder "medidas positivas").

⁴⁶³ Acordémenos en este sentido, de la discrepancia de criterios que sostienen **NIETO GARCÍA** y **GÓMEZ PUENTE** en relación a la inactividad material positiva, punto III, 4, C), de esta investigación, pp. 74-75.

de tal inactividad. Realmente,(...) poco gana el perjudicado con una sentencia favorable que condene a la Administración a prohibir los ruidos o a retirar los materiales depositados en la puerta de la cochera, si en los dos o tres años que dura el procedimiento, los ruidos van a continuar y la cochera va a seguir bloqueada. De no dar el siguiente paso, de no completar el mecanismo de defensa, el loable progreso jurisprudencial será letra muerta y hasta un escarnio para el recurrente vencedor."⁴⁶⁴

En el caso específico de la inactividad material administrativa, de poco serviría un fallo condenatorio al órgano administrativo incumpliente para que realice determinada acción, si ya cuando llega éste el objeto mismo a realizar no sirve de nada o no existe, como por ejemplo podría ser el caso de la materia prima perecedera depositada en aduana, y por la inacción administrativa se encuentra en peligro de perecer; de no adoptarse medidas de tipo positivo, obligando a la Administración a que entregue la mercadería al sujeto demandante antes del pronunciamiento judicial, ya cuando ésta se emita, en virtud de la propia lentitud del sistema (aún cuando concibiéramos una desmesurada aceleración del proceso), la materia en cuestión, seguramente estaría perdida y el administrado quedaría totalmente indefenso con esa situación, a pesar de que no excluimos en modo alguno, las indemnizaciones que correspondan y sean pertinentes.

⁴⁶⁴ NIETO GARCÍA, Alejandro, "La inactividad material de la Administración: veinticinco años después", *op. cit.*, p. 52. Cfr. SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *El control de las administraciones públicas y sus problemas*, *op. cit.*, p. 115.

Con suma claridad, expresa GÓMEZ PUENTE, que, "a veces de poco sirve obtener un fallo condenatorio si el perjuicio causado por la inactividad es ya irreparable. A tenor de los deberes objetivos que se imponen a la Administración del Estado social, puede ser relativamente frecuente que los intereses generales dependientes de una actuación administrativa, por su entidad, sean difícilmente reparables una vez que se perjudican por la pasividad de la Administración. En tal hipótesis, sólo medidas de carácter preventivo o cautelar que permitan ordenar una actuación administrativa en tanto se determina judicialmente la existencia de un deber legal al respecto pueden garantizar el efectivo cumplimiento de éste."⁴⁶⁵

El peligro que lleva intrínseca la no actuación de un deber legal, es el fundamento mismo de la actuación del Juez o Tribunal para la adopción de

⁴⁶⁵ GÓMEZ PUENTE, Marcos, *La inactividad de la Administración*, op. cit., p. 189. Y es que varios son los autores que se han ocupado por señalar la necesidad de instaurar las **medidas positivas**, véase entre otros: ORTELLS RAMOS, Manuel y CALDERÓN CUADRADO, María Pía, *La tutela judicial cautelar en el Derecho español*, op. cit., p. 175. CALDERÓN CUADRADO, María Pía, *Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil*, op. cit., p. 77. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La batalla por las medidas cautelares. Derecho Comunitario, Europeo y proceso contencioso-administrativo español*, op. cit., pp. 226 y ss., comentando el Auto de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 21 de marzo de 1991 (R. 2444/90), del mismo autor: "Medidas cautelares positivas y disociadas en el tiempo: el Auto de 21 de marzo de 1991 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco", en Revista española de Derecho Administrativo, N° 71 julio-septiembre 1991, pp. 377-385. PAREJO ALFONSO, Luciano, "Medidas cautelares" en: PÉREZ MORENO, Alfonso (coordinador), La reforma del proceso contencioso-administrativo, Edit. Aranzadi, Universidad de Sevilla, 10 y 11 de febrero de 1995, pp. 133 y ss. LEGUINA VILLA, Jesús, *La reforma de la ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa: Planteamiento General de la Reforma de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, de este mismo autor: "Exposición de motivos" en: PÉREZ MORENO, Alfonso (Coordinador), La reforma del proceso contencioso-administrativo, *Ibidem*, p. 34. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo II*, op. cit., pp. 622 y ss. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago, *Problemas procesales actuales de la jurisdicción contencioso-administrativa*, op. cit., pp. 58 y ss. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *El derecho a la tutela jurisdiccional*, op. cit., pp. 142 y ss. GARRIDO FALLA, Fernando, "La vía de hecho y la inactividad de la Administración", op. cit., p. 22.

medidas cautelares que sean acordes para tutelar efectiva y eficazmente el derecho e interés legítimo del particular; las medidas que se tomen deberán estar dirigidas a la protección del derecho por medio del despliegue de la actuación por parte de la Administración a su deber, evitando con eso, el daño que se puede causar al particular. La fundamentación está dada en el mismo texto constitucional y no hay que ir más allá en su búsqueda, tal y como lo ha señalado el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA, amén de la consideración de importante jurisprudencia. Es la propia efectividad de la sentencia que se llegue a obtener, lo que permite la existencia de medidas cautelares de esta naturaleza en nuestro ordenamiento. Y si hoy día no han sido abundantes las resoluciones jurisprudenciales, que contemplan este tipo de medidas, lo es porque el mismo sistema no ha contemplado aún, expresamente, una acción contencioso administrativa contra la inactividad material de la Administración Pública, de allí su lógica consecuencia.

Entendemos que en esta línea, el Auto del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco precitado, es contundente al expresar que:

"...el principio de vinculación más fuerte exige dar prioridad al cumplimiento de los mandatos constitucionales, y entre éstos, de modo incluso más acusado, a aquellos que son expresión o reflejo del contenido de derechos fundamentales, como lo es el referido a la obtención de tutela efectiva de los jueces y Tribunales en el ejercicio de derechos e intereses legítimos; siendo así que la satisfacción, al final del

*proceso, de este derecho fundamental, podrá en ocasiones aconsejar, e incluso exigir, la adopción cautelar, durante su desarrollo, de medidas de contenido positivo y no meramente negativo".*⁴⁶⁶

La medida cautelar positiva es, entonces, la adopción de un acto en concreto, positivo y real de un hacer, en contraposición de un no hacer administrativo que está poniendo en peligro un derecho. En esto radica la importancia de las medidas positivas, en que el peligro sea de tal envergadura, que haga necesaria la medida para que el objeto de la pretensión no llegue a desaparecer. A pesar de que algunos autores como TORNOS i MAS,⁴⁶⁷ vean la inconveniencia de la medida cautelar positiva por ser un adelantamiento de la sentencia y no sólo un aseguramiento de la eficacia de la sentencia posterior, creemos que si el aseguramiento implica un mandato de "un hacer", a fin de dar efectividad posterior a una resolución judicial -aunque éste sea un despliegue de efectos que contendrá la sentencia-, estará justificado plenamente, tanto por la acción, como por el mismo principio constitucional ya

⁴⁶⁶ En relación a lo dicho por este Auto, **GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo**, *La batalla por las medidas cautelares. Derecho Comunitario, Europeo y proceso contencioso-administrativo español*, op. cit., p. 229, señala que: "La seguridad y la contundencia del argumento permite a la Sala no demorarse más en el problema de la posibilidad de adoptar medidas cautelares positivas: puede adoptarlas, e incluso debe hacerlo si excluirlas pusiera en riesgo la satisfacción plenaria de la tutela judicial efectiva, a la cual tiene el actor un derecho fundamental.". El Auto de 29 de marzo de 1993 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, comentada por **CALVO ROJAS, Eduardo**, "Medidas cautelares en el proceso contencioso-administrativo. Medidas provisionálsimas y medidas cautelares positivas. Últimos avances en esta materia y algún exceso" en *Revista española de Derecho Administrativo*, N° 83 julio-septiembre 1994, p. 472, señala que "...entre esas medidas cautelares que el Tribunal puede adoptar se incluyen las medidas de contenido «positivo» que impongan a la Administración el deber de una determinada conducta o que, incluso, habiliten al ciudadano para desarrollar o desplegar otra determinada."

⁴⁶⁷ Intervención del profesor **JOAQUÍN TORNOS MAS** en el seminario sobre la Reforma del proceso contencioso-administrativo, **Pérez Moreno, Alfonso** (Coordinador), op. cit., p. 174.

aludido, amén de la consideración de otros instrumentos normativos que bien se pueden aplicar de manera supletoria, según veremos a continuación.

Si se adelanta el efecto de una posible sentencia, se estaría haciendo de manera "provisional" **sin declaración jurisdiccional del derecho**; en otras palabras, quedaría pendiente su ratificación o denegación y la sentencia devendría entonces en el caso positivo en confirmando y ratificación del derecho que aducía tener el particular, y por tanto, una concreción de los efectos que ya se venían dando con la ejecución de las medidas cautelares de tipo positivo.

1. Supletoriedad del artículo 1428 de la ley de enjuiciamiento civil.

Al disponer el artículo 122 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa vigente, la suspensión como única forma de medida cautelar (medida de carácter negativo), deja fuera supuestos de inactividad material en los que, de lo que se trata es que la Administración Pública más bien realice una actividad material (especialmente de "dar" o "hacer") que ilegítimamente ha dejado de realizar, constituyendo una "verdadera deficiencia" del Derecho positivo español.⁴⁶⁸ Baste con este fin citar al profesor GONZÁLEZ PÉREZ, para quien en relación a casos de inacciones de la Administración Pública, "la medida cautelar eficaz nunca puede ser el mantener cosas en el estado en que

⁴⁶⁸ **PAREJO ALFONSO, Luciano**, "La tutela judicial cautelar en el orden contencioso-administrativo", *op. cit.*

se encontraban al iniciarse el proceso hasta su terminación, sino justamente es lo contrario: es una autorización procesal para hacer aquello que ha denegado la administración. Pues en otro caso, puede no tener sentido la sentencia estimatoria."⁴⁶⁹

Por tanto, si quisiéramos aplicar ésta normativa para casos de una acción contra la inactividad material, encontraríamos que no nos resuelve absolutamente nada y por el contrario, no es de aplicación directa y deja un claro y evidente vacío normativo en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Como expresa GÓMEZ PUENTE, "en este caso, el proceso puede perder su objeto o finalidad cuando, por el tiempo transcurrido hasta la terminación del mismo, la sentencia no puede garantizar la integridad del bien jurídico, derechos o intereses a cuya tutela se aspiraba frente a la inactividad administrativa. En situaciones como ésta, en las que resulta urgente el desarrollo por la Administración de la actividad debida, sin que, por ello, el cauce procesal ordinario pueda dar entera satisfacción a los intereses en litigio, es cuando el principio de efectividad de la tutela judicial justifica el aseguramiento cautelar del objeto del proceso mediante la adopción de medidas positivas dirigidas a suplir, siquiera sea provisionalmente, la actividad administrativa omitida."⁴⁷⁰

⁴⁶⁹ **GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús**, "La Justicia Administrativa en Costa Rica" en Revista de Ciencias Jurídicas, San José, 1974, p. 103, citado por **CAMPO CABAL, José Manuel**, *Medidas cautelares en el contencioso administrativo*, op. cit., p. 21. También de éste último autor, véase: p. 189. Asimismo, a **PAREJO ALFONSO, Luciano**, *Estado social y Administración Pública. Los postulados constitucionales de la reforma administrativa*, Edit. Civitas, primera edición, Madrid, 1983, p. 301 refiriéndose al Derecho Alemán. **GUILLÉN PÉREZ, María Eugenia**, *El silencio administrativo. El Control judicial de la inactividad administrativa*, op. cit., p. 294.

⁴⁷⁰ **GÓMEZ PUENTE, Marcos**, *La inactividad de la Administración*, op. cit., p. 226. Para **GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo**, *Hacia una nueva justicia administrativa*, op. cit., p. 65, habla

Es por ello que invocando la disposición adicional sexta de la ley antes citada,⁴⁷¹ podemos aplicar supletoriamente el artículo 1.428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil,⁴⁷² al no existir contradicción alguna entre el precepto civil y el artículo 122 predicho (tomando en cuenta además el artículo 24 Constitucional),⁴⁷³ pudiendo en consecuencia, adoptar medidas cautelares que el Juez o Tribunal estime pertinentes, a tenor del caso específico, incluyendo dentro de ellas a las de tipo positivo que venimos analizando aquí.⁴⁷⁴ Y a este

de "decisiones" de la Administración (y la inactividad puede ser una de ellas), que pueden ser un "abuso, cínico incluso" por lo que hay que combatirlas con "otro" tipo de medidas, a la letra expresa: "Este sistema debe comprender toda la amplia gama de medidas conservatorias, pero también y, sobre todo, de medidas cautelares de prestación positiva, que son perfectamente conocidos, por ejemplo, en el Derecho anglosajón (...) y en el Derecho común de todos los Estados (...) la efectividad de una tutela judicial, no existe el menor problema de poner a disposición del Juez una amplia gama de medidas cautelares, única forma de luchar contra el uso abusivo de la decisión previa como arma utilizada fuera de su justificación material".

⁴⁷¹ Señala esta disposición: "En lo no previsto en esta Ley regirán como supletorias la de Enjuiciamiento Civil y las disposiciones orgánicas generales del Tribunal Supremo y de las Audiencias Territoriales."

⁴⁷² Cfr. **GÓMEZ PUENTE, Marcos**, *La inactividad de la Administración*, op. cit., p. 226 y **ORTELLS RAMOS, Manuel** y **CALDERÓN CUADRADO, María Pía**, *La tutela judicial cautelar en el Derecho español*, op. cit., p. 175. También: Auto del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 21 de marzo de 1991. Posición divergente lleva **GÓMEZ FERRER, Rafael**, en La reforma del proceso contencioso-administrativo, **PÉREZ MORENO, Alfonso** (Coordinador), Edit. Aranzadi, Universidad de Sevilla, 10 y 11 de febrero de 1995, p. 158, considerando que las medidas cautelares de carácter civil, son completamente distintas de las medidas cautelares en el proceso contencioso-administrativo.

⁴⁷³ Señala el profesor **GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo**, en "Constitucionalización definitiva de las medidas cautelares contencioso-administrativas y ampliación de su campo de aplicación (medidas positivas), y «jurisdicción plenaria» de los Tribunales contencioso-administrativos, no limitada al efecto revisor de actos previos. Dos sentencias constitucionales", op. cit., p. 484, que: "la obligación de reinterpretar los artículos 122 y sigs. de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa a la luz del artículo 24 de la Constitución es declarada formalmente, obligación que resulta exigible de todos los Tribunales en virtud de la regla del artículo 5 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que equipara a la Constitución las interpretaciones de la misma realizadas por las Sentencias del Tribunal Constitucional «en todo tipo de recursos», no, pues, sólo en las de inconstitucionalidad." Del mismo autor: "La consolidación del nuevo criterio jurisprudencial de la «apariencia de buen derecho» para el otorgamiento de medidas cautelares. Silencio administrativo y apariencia de abuso de la ejecutividad", op. cit., pp. 266-267. Cfr. **CALVO ROJAS, Eduardo**, "Medidas cautelares en el proceso contencioso-administrativo. Medidas provisionalísimas y medidas cautelares positivas. Últimos avances en esta materia y algún exceso", op. cit., pp. 465-476.

⁴⁷⁴ Y como agrega **GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo**, en "Constitucionalización definitiva de las medidas cautelares contencioso-administrativas y ampliación de su campo de aplicación (medidas positivas), y «jurisdicción plenaria» de los Tribunales contencioso-administrativos, no

respecto, merece destacar textualmente lo dicho por el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA, refiriéndose al Auto de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 21 de marzo de 1991, por marcar un "hito histórico" en la actuación de nuestros Tribunales -como lo llama él-, al decir que: "El Tribunal ha dejado claro el carácter de *numerus apertus* de las medidas cautelares, o de su libre configuración por el juez en atención a las singularidades del caso, aunque siempre moviéndose sobre el doble parámetro de la necesidad de evitar la frustración práctica del proceso de fondo y de decidir según la "apariencia de buen derecho". Serán pertinentes (e incluso obligatorias...) todas las medidas imaginables que sean necesarias para atender esa doble exigencia (notaremos que el artículo 1.428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil reconoce al juez la posibilidad de "adoptar las medidas que fuesen necesarias para asegurar la efectividad de la Sentencia que en el juicio recayese")."⁴⁷⁵

A efectos de dejar más clarificado el alcance de la norma civil predicha, la misma dicta lo siguiente:

"Cuando se presente en juicio un principio de prueba por escrito del que aparezca con claridad una obligación de hacer o no hacer, o de entregar cosas determinadas o

limitada al efecto revisor de actos previos. Dos sentencias constitucionales", *op. cit.*, p. 487, los poderes del juez contencioso-administrativo no son, pues, ni pueden ser, menores que los del juez de cualquier otro orden jurisdiccional.

⁴⁷⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La batalla por las medidas cautelares. Derecho Comunitario, Europeo y proceso contencioso-administrativo español*, *op. cit.*, p. 232. Cfr. GUILLÉN PÉREZ, María Eugenia, *El silencio administrativo. (El control judicial de la inactividad administrativa)*, *op. cit.*, p. 295.

específicas, el Juez podrá adoptar, a instancia del demandante y bajo la responsabilidad de éste, las medidas que, según las circunstancias, fuesen necesarias para asegurar la efectividad de la sentencia que en el juicio recayere...". (El destacado no pertenece al original).

Finalmente, es necesario llegar a la conclusión de que, a pesar de existir instrumentos supletorios que permiten la imposición de medidas cautelares positivas a la Administración Pública (según se ha analizado), se hace necesaria la regulación expresa de este tipo de medidas dentro del contencioso-administrativo, porque la tutela cautelar del proceso contencioso administrativo -CHINCHILLA MARÍN-, "no puede seguir anclada en el único puerto de la suspensión, porque la tutela judicial efectiva quedará insatisfecha cada vez que esa medida sea insuficiente e incapaz de garantizarla provisionalmente, mientras dure el proceso. Por el contrario, la tutela cautelar tiene que estar edificada sobre la cláusula abierta que permita al juez adoptar las medidas que en cada caso concreto sean para cumplir la función de garantía cautelar: suspender total o parcialmente el acto, restablecer -total o parcialmente- la situación preexistente y, en una palabra, imponer a la Administración Pública *todas las obligaciones* necesarias para garantizar que en su día la tutela judicial que se otorgue sea efectiva."⁴⁷⁶

⁴⁷⁶ CHINCHILLA MARÍN, Carmen, *La tutela cautelar en el nueva justicia administrativa*, op. cit., p. 178. En el mismo sentido: GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo, Volumen II*, op. cit., p. 622.

¿Razones? sobran. La justicia debe ser otorgada en toda su extensión, sin miramientos, sin dudosas interpretaciones que hagan imposible el libre ejercicio del derecho, porque el sistema debe de dar garantía, pero garantías de que el objeto mismo del derecho que se pretende ejercer, se mantendrá inalterable en virtud de la duración misma del proceso, ya que de lo contrario, "como ha señalado T. Font, la sentencia produce más frustración que justicia o, incluso, me atrevería a decir que sólo produce frustración y, además, la mayor que puede experimentarse, ya que después de alcanzar la certeza de que se tiene "derecho", lo cual no podría decirse sin la sentencia (también en casos de actos administrativos inejecutados), se tiene también la certeza de que ese derecho, un día perturbado, no podrá restituirse jamás íntegramente. En muchas ocasiones como dice el refrán italiano "giustizia ritardata, giustizia denegata".⁴⁷⁷ (El entreparéntesis no pertenece al original)

2. Figuras análogas a las medidas cautelares positivas en otros sistemas europeos.

La doctrina ha extraído una serie de referencias a otras figuras, que pueden ser asimilables a las medidas cautelares positivas que aquí venimos analizando. Otros ordenamientos jurídicos que, en mayor o menor medida, van a la vanguardia de una tutela efectiva, en relación a casos de inactividad material de la Administración Pública y a la aplicación de medidas cautelares

⁴⁷⁷ CHINCHILLA MARÍN, Carmen, *La tutela cautelar en el nueva justicia administrativa*, op. cit., p.27.

que resguarden los derechos no ejercidos por los particulares a causa de la misma Administración:

A) Los *référé provision e injonction* del Derecho Francés.

Autores como BARONA VILAR,⁴⁷⁸ VALLS GOMBAU,⁴⁷⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA,⁴⁸⁰ CHINCHILLA MARÍN,⁴⁸¹ GONZÁLEZ-VARAS IBAÑEZ,⁴⁸² y RAMBAUD,⁴⁸³ han analizado la figura de los *référé provision e injonction* del derecho francés, mediante la cual el órgano jurisdiccional puede decretar, al inicio de un proceso, una provisión inicial en favor del demandante. Se hace la diferencia -CHINCHILLA MARÍN- entre *référé expertise* y *référé general*, siendo el primero, aquel modo en que el Presidente del Tribunal Administrativo o del Tribunal de Apelación, o el magistrado en el que cualquiera de ellos delegue, puede acordar cualquier medida útil de estimación pericial o de instrucción, sobre simple petición de parte, aunque no exista una decisión administrativa previa. Aquí, el juez podrá acordar las medidas de instrucción que pueden

⁴⁷⁸ BARONA VILAR, Silvia, *Las medidas cautelares: Introducción*, op. cit., p. 349.

⁴⁷⁹ VALLS GOMBAU, J. F., "Las medidas cautelares reguladas en las leyes especiales", op. cit., p. 277.

⁴⁸⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Hacia una nueva justicia administrativa*, op. cit., p. 169. También del mismo autor: "La reacción del contencioso francés a la crisis del modelo: ejecución de sentencias y medidas cautelares positivas" en Revista española de Derecho Administrativo, Nº 60 octubre-diciembre 1988, pp. 501-506.

⁴⁸¹ CHINCHILLA MARÍN, Carmen, *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*, op. cit., pp. 65 y ss.

⁴⁸² GONZÁLEZ-VARAS IBAÑEZ, Santiago, *Problemas procesales actuales de la jurisdicción contencioso-administrativa*, op. cit., pp. 53 y ss.

⁴⁸³ RAMBAUD, Patrick, "La justicia administrativa en Francia (I): Introducción, Organización, Medidas Cautelares", (Traducción de Eduardo Gamero Casado), en BARNÉS VÁZQUEZ, Javier (Coordinador), La Justicia Administrativa en el Derecho Comparado, Edit. Civitas, primera edición, 1993, p. 295.

adoptarse en el proceso principal, sin necesidad de presentar una demanda de fondo y sin tener que justificar que existe una situación de urgencia.⁴⁸⁴

Por el contrario el *référé general*, figura que se asimila en mayor medida a las medidas cautelares positivas por las que aquí propugnamos, en casos de urgencia el Presidente del Tribunal Administrativo o de la Corte de Apelación, o el magistrado en que cualquiera de ellos delegue, puede, sobre simple petición de parte y aunque no exista una decisión administrativa previa, ordenar cualquier medida útil, sin prejuzgar el fondo y sin obstaculizar la ejecución de ninguna decisión administrativa.⁴⁸⁵ Por medio de esta figura, se conceden anticipos (*allouer provisions*) y consisten en verdaderas ejecutorias (*injonctions*) dirigidas a una persona para que adopte un comportamiento determinado, (por ejemplo, someterse a una obligación de hacer o no hacer) al objeto de poner fin a una situación ilegal, cuya prolongación sería gravemente dañosa para el demandante o futuro demandante, y todo ello en salvaguardia de un interés general.⁴⁸⁶ Lo anterior, por cuanto se parte del principio del *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho en cuanto quien recurra, aparece inicialmente como sujeto digno de amparo y se le inviste de una tutela provisional rápida y efectiva.

⁴⁸⁴ Artículo 2 del Código de los Tribunales Administrativos Francés, con la nueva redacción dada por el Decreto de 2 de septiembre de 1988 (número 88-907, "Journal Officiel", de 3 de septiembre; rectificación de errores en el "Journal Officiel" de 22 de octubre).

⁴⁸⁵ Artículo 102.2 del Código de los Tribunales Administrativos Francés.

⁴⁸⁶ RAMBAUD, Patrick, "La justicia administrativa en Francia (I): Introducción, organización, Medidas cautelares", *op. cit.*, p. 295, agregando además, como nota importante que: "Sólo pueden instarse por los administrados dentro de estrechos límites, al constituir una derogación destacable del principio que prohíbe al juez dictar ejecutorias contra la Administración, principio firmemente establecido en el Derecho Administrativo francés."

En consecuencia, es la *urgencia* la que justifica que el juez pueda adoptar medidas provisionales distintas a las de instrucción, y señala esta autora, que se da la urgencia cuando existe una situación que puede convertirse en irreparable, determinando no sólo la posibilidad de adoptar estas medidas, sino también el contenido de las mismas. Indica además, y como dato que nos sirve para adaptarlo a nuestra necesidad normativa, que las medidas de conservación (*référé général*) son obligaciones de hacer o de no hacer impuestas a los administrados, en los supuestos en que la Administración no puede hacerlo por sí sola y acude, entonces, a los Tribunales.⁴⁸⁷

En definitiva, vemos que en el Derecho Francés, a pesar de las lógicas limitaciones que podría tener un particular afectado por actuaciones ilegales de la Administración, cuenta con un instrumento que le permite que el juez pueda adoptar medidas con carácter apremiante y evitar así, que un derecho quede desprotegido de la acción jurisdiccional; por ello, como acota el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA, analizando esta figura en el Derecho Galo, "en todos los casos el Juez contencioso deja de ser un impasible revisor de legalidad y se le invita a descender a la arena para servir la justicia material del caso. Se observará que también se substantiva este procedimiento permitiéndose su planteamiento independiente, aun antes de que exista una decisión administrativa que pueda ser objeto de recurso."⁴⁸⁸

⁴⁸⁷ CHINCHILLA MARÍN, Carmen, *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*, op. cit., p. 90.

⁴⁸⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Hacia una nueva justicia administrativa*, op. cit., p. 169.

B) *Las einstweilige Anordnungen o medidas provisionales del Derecho Alemán.*

En el Derecho Alemán, se encuentran instauradas las *einstweilige Anordnungen* o medidas provisionales, las cuales consisten en que el Tribunal se encuentra habilitado, en caso de litigio, para regular una situación mediante medidas provisionales, cuando el interés general lo exija para evitar graves perjuicios, para prevenir un daño inminente o por alguna otra razón importante.⁴⁸⁹ Se señala -GONZÁLEZ-VARAS IBAÑEZ-⁴⁹⁰ que la función esencial de la orden provisional es el aseguramiento cautelar de una pretensión del sujeto. De este modo, técnicamente la orden provisional es la medida cautelar procedente para el aseguramiento de la pretensión, típica de la acción prestacional general y acción obligacional, a una prestación, poniéndose por ejemplo, el del estudiante que pide ser admitido en la Universidad mientras se sustancie el proceso; porque los Tribunales alemanes ciertamente no administran; pero, en el ejercicio de su control, no están obligados a permanecer impasibles ante los perjuicios e ilegalidades producidos por la inactividad de la Administración.⁴⁹¹

⁴⁸⁹ Disposición § 32.1 BVerfGG. Además, una síntesis sobre la diferencia que existe entre la suspensión y la medida provisional, puede verse en **PAREJO ALFONSO, Luciano**, *Estado social y Administración Pública. Los postulados constitucionales de la Reforma Administrativa*, op. cit., pp. 302 y ss.

⁴⁹⁰ **GONZÁLEZ-VARAS IBAÑEZ, Santiago**, *La jurisdicción Contencioso Administrativa en Alemania*, op. cit., p. 283.

⁴⁹¹ **NIETO GARCÍA, Alejandro**, "La inactividad material de la Administración: veinticinco años después", op. cit., p. 50.

Por lo dicho es que, a pesar de que conceptualmente las *einstweilige Anordnungen* tienen por objetivo básico el "aseguramiento" de la sentencia que se llegue a dictar sin llegar a ser prestacional, también se llega a decir que, en casos muy especiales, se puede promulgar una medida provisional que anticipe la decisión del proceso principal, de modo similar a la medida de prestación ("Leistungsverfügung") que se encuentra contemplada en el proceso civil alemán, ya que de no hacerlo, dicha decisión llegaría demasiado tarde;⁴⁹² aunque para algún autor,⁴⁹³ no sea necesario recurrir a esta medida, ya que puede incluirse, con toda propiedad, en las medidas de regulación y lograr el mismo efecto.⁴⁹⁴

En todo caso, de una u otra forma, existe el instrumento y medio del que carece expresamente nuestro sistema de derecho. A pesar de que se pueda observar alguna resolución adoptando medidas provisionales en el Derecho español, éstas estarán referidas a la suspensión de actos administrativos (casos de expropiación especialmente).⁴⁹⁵

⁴⁹² Véase **VALLS GOMBAU, J. F.**, "Las medidas cautelares reguladas en las leyes especiales", *op. cit.*, p. 278.

⁴⁹³ **SOMMERMAN, Karl-Peter**, "La justicia administrativa alemana" (traducción de Javier Barnés), en: BARNÉS VÁZQUEZ, Javier (Coordinador), La Justicia Administrativa en el Derecho Comparado, *op. cit.*, p. 112.

⁴⁹⁴ **GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago**, *La jurisdicción Contencioso Administrativa en Alemania*, *op. cit.*, p. 286, señala que no es extraño que las medidas se completen con otras medidas cautelares para obligar a la Administración a una adicional actitud positiva, al exigirle la necesidad de asegurar la provisionalidad de un estado.

⁴⁹⁵ Auto de 21 de febrero de 1993 de la Sala III, Sección 6ª, del Tribunal Supremo (Ponente: PECES MORATE), analizada por **CALVO ROJAS, Eduardo**, "Medidas cautelares en el proceso contencioso-administrativo. Medidas provisionales y medidas cautelares positivas. Últimos avances en esta materia y algún exceso", *op. cit.*, pp. 466-471.

En el Derecho Alemán, la tutela judicial efectiva debe garantizar el objeto litigioso mientras se sustancia la sentencia; y la importancia que se le dan a las medidas que vengan a darle contenido a este precepto, la destaca claramente SOMMERMANN al decir que, "la tutela cautelar es, pues, uno de los temas nucleares de la dogmática del artículo 19.IV GG. Precepto que, por demás, no es indiferente a las posibles medidas provisionales que pueden adoptarse, puesto que lo que garantiza es la eficacia real de las técnicas de protección cautelar. En términos constitucionales lo determinante no es sino la *efectividad* de la medida provisional."⁴⁹⁶

El prevenir los posibles daños y perjuicios, es la base fundamental de su disposición y aunque provisional, se asegura el contenido de la acción y la resolución judicial que se llegue a emitir, por ejemplo, mediante este medio es posible otorgar a un estudiante provisionalmente una beca o bien acordar la concesión cautelar de una prestación social, porque a pesar de que junto al principio intrínseco en la normativa de ese país sea el de no anticipar el resultado de lo que es objeto del proceso principal, está el principio de aseguramiento de los derechos o provisionalidad, específicos de la pretensión cautelar; lo que implica que ha de avanzarse hasta ese límite, en la concesión cautelar de pretensiones, pues, a diferencia de las pretensiones prestacionales del proceso principal, es específico de la pretensión cautelar, la idea de

⁴⁹⁶ **SOMMERMANN, Karl-Peter**, "La justicia administrativa alemana" (traducción de Javier Barnés), en: BARNÉS VÁZQUEZ, Javier (Coordinador), La Justicia Administrativa en el Derecho Comparado, *op. cit.*, p. 198. Un pormenorizado estudio de la tutela cautelar en el Derecho alemán puede verse en: **BACIGALUPO, Mariano**, "El sistema de tutela cautelar en el contencioso-administrativo alemán tras la reforma de 1991", en Revista de Administración Pública, N° 128, mayo-agosto 1992, p. 413-452.

provisionalidad, y de aquellas es específico el que no se resarza la pretensión en caso de que conste estricta discrecionalidad.⁴⁹⁷

Finalmente, GONZÁLEZ-VARAS IBAÑEZ, resume muy bien el alcance de estas medidas en el Derecho Germánico y la razón de ser que requerimos darle en nuestro sistema jurídico contencioso-administrativo contra la inactividad material de la Administración Pública, señalando que: "*La nueva medida cautelar se asienta sobre la realidad de la pretensión a una prestación (actuación u omisión administrativas)*". Esta es, así, una medida cautelar paralela a la medida cautelar del efecto suspensivo. La posición procesal es diferente, asimismo, en uno u otro caso: atacante en el primer caso (pues el sujeto pide que el Tribunal ordene cautelarmente a la Administración a que realice u omita una actuación), y defensiva en el segundo (pues cuando se precisa del efecto suspensivo del Tribunal simplemente hace cesar provisionalmente los efectos de un acto de gravamen).⁴⁹⁸

C) *El giudizio di ottemperanza del Derecho Italiano.*

A pesar de la escasa referencia que hemos focalizado sobre la temática cautelar en el Derecho Italiano -CHINCHILLA MARÍN,⁴⁹⁹ GONZÁLEZ-VARAS

⁴⁹⁷ Véase GONZÁLEZ-VARAS IBAÑEZ, Santiago, *La Jurisdicción Contencioso Administrativa en Alemania*, op. cit., p. 294. Del mismo autor: *Problemas procesales actuales de la jurisdicción contencioso-administrativa*, op. cit., p. 63.

⁴⁹⁸ GONZÁLEZ-VARAS IBAÑEZ, Santiago, *Ibidem*, p. 59. Cfr. NIETO GARCÍA, Alejandro, "La inactividad material de la Administración: veinticinco años después", op. cit., pp. 49-50.

⁴⁹⁹ CHINCHILLA MARÍN, Carmen, *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*, op. cit., pp. 103 y ss.

IBAÑEZ⁵⁰⁰ y SARMIENTO ACOSTA,⁵⁰¹ podemos extraer que el sistema italiano, al igual que el español, carece normativamente de una contemplación expresa de medidas cautelares positivas y, por el contrario, sólo es prevista como única medida cautelar la suspensión del acto administrativo; sin embargo, aquí es la jurisprudencia, la que ha ido forjando la delimitación de los poderes del juez en materia cautelar.

El primero de los autores citados, hace referencia a la existencia de dos categorías de juicios: *giudizio cautelare* y *giudizio di ottemperanza*, teniendo la misma función: aumentar las posibilidades y efectividad de la tutela judicial de los administrados frente a una Administración Pública, substancialmente diversa de aquélla que nació del Estado Liberal. Señala que, "la jurisprudencia italiana -en su afán de ampliar los poderes cautelares de los jueces en favor de los administrados- ha terminado por aplicar la suspensión a los que en principio y por definición son insuspendibles: los actos negativos. Nacida, pues, para paralizar la ejecución de unos actos que por gozar de la presunción de legalidad son inmediatamente eficaces, acaba sirviendo para paralizar, lo que, al menos aparentemente, no ha empezado a desplegar efectos (situación esta última que sería de aplicabilidad a casos de inactividad administrativa, en donde la Administración niega implícitamente el despliegue material de un acto). Lo cierto es que los actos negativos pueden causar daños tan irreparables como los actos positivos, aunque no lesionen el derecho o interés

⁵⁰⁰ GONZÁLEZ-VARAS IBAÑEZ, Santiago, *Problemas procesales actuales de la jurisdicción contencioso-administrativa*, op. cit., pp. 53 y ss.

⁵⁰¹ SARMIENTO ACOSTA, Manuel J., "Nueva funcionalidad de las medidas cautelares en el contencioso español", op. cit., p. 404.

a mantener una situación jurídica dada, sino el derecho o interés a extender la propia esfera jurídica."⁵⁰² (El entreparéntesis no pertenece al original)

La jurisprudencia italiana, en consciencia de una necesidad y vacío legislativo, ha llegado a declarar aplicable al proceso contencioso-administrativo, el artículo 700 del Código Procesal Civil italiano (aunque en la actualidad aplicable únicamente a la función pública), la cual es una cláusula abierta "que pone en manos del juez *un poder general de tutela cautelar* no constreñido por un elenco más o menos reducido de instrumentos y medidas a adoptar en cada caso concreto, sino, por el contrario, abierto a la posibilidad de tomar aquellas que sean no ya idóneas, sino las *más idóneas* para asegurar provisionalmente la efectividad de la tutela judicial que en su día -siempre lejano- se otorgue."⁵⁰³

D) Las medidas provisionales del Derecho Comunitario.

La materia cautelar en el Derecho Comunitario está regulada por el Tratado de la Comunidad Europea, que, aparte de contemplar la suspensión del acto impugnado, como potestatoria del Tribunal de Justicia, dispone en su artículo 186 que se podrá ordenar las medidas provisionales necesarias en los asuntos de que esté conociendo; como señala ALONSO GARCÍA, "ambos preceptos permiten al juez comunitario, por tanto, ejercer el papel de garante

⁵⁰² CHINCHILLA MARÍN, Carmen, *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*, op. cit., p. 124.

⁵⁰³ CHINCHILLA MARÍN, Carmen, *Ibidem*, p. 127.

provisional, mientras resuelve el *litigio del cual está conociendo*, del respeto de la legalidad comunitaria (...) tanto por la Comunidad como por los Estados miembros".⁵⁰⁴ Y es que, el problema de la duración de los procesos, es el mismo con el que cuenta el Derecho interno y de allí que se imponga tal necesidad.

Así pues, la apertura que determina esta norma, posibilita al Juez la adopción de medidas cautelares de tipo positivo en relación a actos comunitarios; esta norma "abarca cualquier otra medida cautelar, *con relación a actos comunitarios*, que no sea la suspensión (requerimiento para la realización de un comportamiento positivo o la abstención de una determinada conducta), en el marco de cualquier proceso del que esté conociendo el Tribunal de Justicia (excluidas las cuestiones prejudiciales, pues en este caso, como veremos, será el propio juez nacional que está conociendo del litigio principal el competente para ordenar o no la medida cautelar); y, además, es aplicable *a comportamientos de los Estados miembros*, incluido en este caso la facultad de suspender la eficacia del Derecho interno."⁵⁰⁵

⁵⁰⁴ **ALONSO GARCÍA, Ricardo**, *Derecho Comunitario. Sistema Constitucional y Administrativo de la Comunidad Europea*, Edit. Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 1994, p. 483. En el mismo sentido, véase **DÍAZ JIMÉNEZ, María del Carmen**, *Principios de Derecho Procesal Comunitario*, Edit. Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 1996, p. 51, en especial cuando dice que: "Ahora bien, la "ratio" de la institución, no sólo está constituida por el carácter sumario del procedimiento, sino sobre todo por la finalidad de garantizar la efectividad de la sentencia, enervando el efecto ejecutivo y, evitando que la resolución que ponga fin al asunto pueda resultar inútil; por haberse creado una situación de fáctico jurídico, que imposibilite la ejecución de la sentencia".

⁵⁰⁵ **ALONSO GARCÍA, Ricardo**, *Derecho Comunitario. Sistema Constitucional y Administrativo de la Comunidad Europea*, op. cit., p. 484. En opinión de **DÍAZ JIMÉNEZ, María del Carmen**, *Principios de Derecho Procesal Comunitario*, op. cit., p. 52, a pesar de la potestad del Juez para establecer otro tipo de medidas cautelares que no sean la suspensión, subsisten algunas limitaciones de carácter normativo y jurisprudencial. Cfr. **GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo**, *La batalla por las medidas cautelares, Derecho Comunitario, Europeo y proceso contencioso-administrativo español*, op. cit., p. 130, en especial a la referencia que hace al caso *Factortame*

Se constituye entonces, este medio, en un instrumento de eficacia para evitar perjuicios que se pudieran causar con la continuación de la "actividad o inactividad" dañosa de los Estados; hasta hay quien lo califica de "temible instrumento",⁵⁰⁶ puesto que obliga a la eliminación (aunque de manera provisional) completa del incumplimiento, incluso antes de que haya sido constatado judicialmente.

En conclusión, la finalidad de las medidas cautelares en el proceso comunitario, es la misma que se persigue en los procesos internos, es decir, asegurar la efectividad de la declaración jurisdiccional que ponga fin al proceso principal manteniendo o creando la situación de hecho que lo haga posible.⁵⁰⁷ En razón de ello, estará justificada la adopción de medidas positivas, en las cuales se pueda compeler a cumplir acciones que se encuentren dentro de su esfera obligacional, en la medida y límites que el mismo sistema demande, aún cuando como concluyen PASTOR BORGOÑÓN Y GINDERACHTER, "no obstante, el demandante que utiliza este procedimiento debe ser consciente

(Sentencia de la Cámara de los Lores de 18 de mayo de 1989), "no hay tutela judicial si no hay medidas cautelares; sin éstas el proceso se convierte en ciertas circunstancias en un instrumento de frustrar la justicia, de incumplir las obligaciones y deberes, de destruir o reducir el alcance de los derechos." Sentencia referida también en la obra del mismo autor: "La nueva doctrina del Tribunal Supremo sobre medidas cautelares: La recepción del principio del *fumus boni iuris* (Auto de 20 de diciembre de 1990) y su trascendencia general", *op. cit.*, pp. 70 y ss.

⁵⁰⁶ ISAAC, Guy, *Manual de Derecho Comunitario General*, Edit. Ariel, S.A., Barcelona, tercera edición, 1995, p. 330, refiriéndose a la prescripción de un Tribunal al Reino Unido y a Irlanda, por medio de autos provisionales, para que pusieran fin "de inmediato" a las medidas que la Comisión les incriminaba (auto 21.4.1977, Com. c/ Reino Unido, as. 31 y 53/77, Rec. 921 y 13.7.1977, Com. c/ Irlanda, as. 61/77, Rec. 937).

⁵⁰⁷ Véase PASTOR BORGOÑÓN, Blanca y GINDERACHTER, Eric van, *El procedimiento de medidas cautelares ante el Tribunal de Justicia y el Tribunal de Primera instancia de las comunidades Europeas*, *op. cit.*, p. 23.

del hecho de que no constituye el remedio milagroso contra la lentitud judicial. Sus posibilidades de obtener la medida que solicita sólo son del orden del 10 por 100, si se tienen en cuenta los autos dictados por el TJCE desde 1985 hasta hoy, así como los adoptados por el TPI desde su entrada en funciones. En efecto, el juez cautelar se muestra muy estricto para la concesión de una medida de este tipo."⁵⁰⁸

3. Las medidas cautelares positivas en el proyecto de ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1997 y 1998.

Ya hemos analizado detenidamente que en el sistema vigente de lo contencioso-administrativo, la suspensión de los actos administrativos son las únicas medidas cautelares que expresamente señala nuestro orden jurídico, aunado a lo cual, también hemos dejado por sentado, que este tipo de medidas carecen de utilidad cuando la protección del interés y preservación de la solicitud, estribe en una acción positiva de la Administración Pública.

Al no existir una acción contencioso-administrativa expresa para controlar la inactividad material de la Administración Pública, no existen, consecuentemente, medidas cautelares de tipo positivo, porque, como dice el doctrinista FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ,⁵⁰⁹ juzgar al poder, sigue siendo entre nosotros excepcional (aunque cada vez con menos suceso). Es por ello, que los dos últimos proyectos de Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo

⁵⁰⁸ PASTOR BORGONÓN, Blanca y GINDERACHTER, Eric van, *Ibidem*, p. 129.

⁵⁰⁹ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón, "Juzgar a la Administración contribuye también a administrar mejor", *op. cit.*, p. 514.

(1995-1997), vienen a introducir una figura que, si bien es cierto, regula una materia hasta ahora resuelta con cierto suceso por la jurisprudencia y la doctrina -y no de forma unitaria-, no resuelve la problemática que plantea la necesidad de establecer expresamente la medida cautelar positiva en forma global, en proporción al principio constitucional, tantas veces aludido, de una tutela judicial efectiva.

Reflejando precisamente este principio constitucional, los proyectos de ley de la jurisdicción contencioso-administrativa han incluido en su texto formas de medidas cautelares que vienen a paliar este vacío normativo, regulando específicamente y garantizando cautelarmente el interés del sujeto en obtener una prestación concreta -un hacer u omisión en casos de que, lo que se requiera es más bien paralizar una acción dañosa-, esto, a tenor de lo dispuesto por el artículo 28 (anteproyectos de 1995 y de 1997).⁵¹⁰

Disponía el artículo 133 del anteproyecto de 1995 (no vigente):

"1. En casos de urgencia, inactividad o vía de hecho de la Administración en que resulte afectada la integridad de bienes o derechos, el Juez o Tribunal podrá adoptar también las medidas provisionales solicitadas que sean indispensables y adecuadas para preservar aquéllos y asegurar la efectividad de la sentencia que, en su caso, ponga fin al recurso.

⁵¹⁰ Véase **GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago**, "La reforma del contencioso-administrativo: el Anteproyecto de Ley reguladora del proceso contencioso-administrativo", en Revista del Poder Judicial, N° 39, p. 213.

2. *Las medidas solicitadas se denegarán cuando pudieran causar perjuicio grave a los intereses generales o de terceros o dar lugar a situaciones irreversibles.*

3. *Las medidas provisionales o su denegación podrán ser modificadas o revocadas en virtud de circunstancias sobrevenidas."*

Resume esta norma, casi toda -por no decir toda-, la doctrina que hemos venido analizando supra, a saber:

a) Contemplación expresa de una medida que, en casos también expresos de inactividad material, pueda otorgarse resguardando los derechos, además que preservándolo, a fin de asegurar la efectividad de la sentencia que se llegue a dictar;

b) A pesar de que no se dice expresamente que se podrán adoptar medidas de tipo positivo, las provisionales cumplen el fin y el propósito de lo que queremos perseguir con las positivas, en tanto en cuanto, de lo que se requiere es de resguardar los derechos del recurrente y, si para ello hace falta la adopción de una medida de tipo positivo, la misma parece estar autorizada;

c) Si en una valoración *periculum in mora*, se llega a determinar que, el adoptar la medida cautelar es causa más bien de un perjuicio grave a los intereses generales (nótese que no se habla de interés de la Administración), o bien de terceros, estas se denegarán, con lo cual se limita una posible acción irreversible;

d) Por último, se regula la variabilidad en las condiciones por las que se piden las medidas y si el *fumus boni iuris* varía, las medidas podrán ser modificadas o revocadas.

Por otra parte, el artículo 135 establecía lo que a nuestro criterio constituye el eje central de lo que podría significar la efectividad de la tutela judicial en casos de inactividad, ya que señalaba que, en los supuestos de inactividad o vía de hecho, estas medidas podrán solicitarse antes de la interposición del recurso, lo que conllevaría consecuentemente que, si se tratara de una obligación prestacional administrativa no efectuada (y que el no hacerla conllevara la pérdida del objeto mismo de la acción), el poder adoptar una medida positiva antes de la interposición del recurso, el derecho "supuestamente" infringido, se estaría dándole realmente la protección jurisdiccional necesaria a tenor de la misma Constitución.

Sí bien el anteproyecto citado contenía mayor rigurosidad en el tratamiento de las medidas cautelares positivas, el proyecto de 1997 -que es el que actualmente se encuentra a las puertas de una venia legislativa-, amén de la regulación de la suspensión del acto administrativo, varía la contemplación de la figura antes dicha y la simplifica en los siguientes términos:

"Artículo 129.

1. Los interesados podrán solicitar medidas provisionales que aseguren la eficacia real de la sentencia que, en su caso, ponga fin al recurso.

*2. El Juez o Tribunal ordenará las medidas que, según las circunstancias, fuesen necesarias, incluido en su caso el aseguramiento o regulación provisional de aquellos derechos o facultades controvertidos cuya naturaleza lo permita.*⁵¹¹

Nótese que ya en este texto no se hace referencia expresa a la inactividad, aunque ante una interpretación integral del texto, integrativa de otras normas -según lo aquí visto-, puede decirse que podrán adoptarse medidas cautelares positivas en casos en que la Administración deje de actuar cuando así le corresponda. Quizá, lo que se pretendió evitar fue la enumeración taxativa de diferentes tipos de medidas cautelares y, por el contrario, acoger la figura con carácter innominado. De esta forma, cualquier medida que se tome a la luz del aseguramiento de la sentencia que se llegue a dar (inc. 1) será válida.

Y si vamos más allá, el inc. 2, faculta al Juez o Tribunal para que, dependiendo de las circunstancias, señale y adopte las medidas que conlleven la eficacia de una resolución futura; término que, si bien consideramos es un concepto jurídico indeterminado por su amplitud semántica, permite perfectamente al órgano jurisdiccional, el poder tomar las disposiciones necesarias -en todo el amplio sentido del término- para hacer verdadero eco en

⁵¹¹ PAREJO ALFONSO, Luciano, "Medidas cautelares", en: PÉREZ MORENO, Alfonso (Coordinador), La reforma del proceso contencioso-administrativo, op. cit., pp. 133 y ss., llama a la medida instaurada por esta norma, como "tutela cautelar de la tutela cautelar".

el aseguramiento de los derechos que se encuentren vulnerados y en controversia.

Estas medidas provisionales, autorizarán la implementación de imposiciones a la Administración de actuaciones inmediatas (dar, hacer o dejar de hacer), en los términos que lo hacen otras figuras análogas del Derecho comparado que ya hemos visto, tales como el *référé* francés, superados -en cierta forma- los dogmas de la inhibición para adoptar medidas una vez iniciado el proceso,⁵¹² y el que la suspensión de la ejecución del acto o disposición administrativa, fuera la única forma cautelar contemplada.

Somos conscientes, asimismo, que esta interpretación debe tomarse en sus justos términos, en el sentido de que el órgano judicial deberá analizar casuísticamente los requerimientos que se le planteen, en virtud de que los intereses y "circunstancias" que intervengan, constituirá un avance en el tratamiento de la materia cautelar o por el contrario, degenerar la figura a tal punto que cause mayores perjuicios que si no se dieran tales medidas. Como bien propone LÓPEZ RODÓ,⁵¹³ pareciera acertado el establecimiento de un

⁵¹² Situación que, aunque expresamente no lo contempla como lo hacía el anteproyecto de 1995, podríamos deducirlo del artículo 130.2 del último proyecto, que a la letra dice: *"El Juez o Tribunal oír a la parte frente a la cual se pretendan las medidas provisionales y resolverá lo que proceda mediante auto en el plazo de los diez días siguientes a la solicitud"*. Cfr. **LEGUINA VILLA, Jesús**, *La reforma de la ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa: Planteamiento General en la Reforma de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*, op. cit., para quien en ciertos supuestos de necesidad, pueden pedirse y acordarse medidas de carácter positivo, antes de la formalización del recurso contencioso.

⁵¹³ Véase: **LÓPEZ RODÓ, Laureano**, "Las medidas cautelares en la jurisdicción contencioso-administrativa", op. cit., p. 172, aplicando las medidas innominadas del proceso civil (art. 1.428 L.E.C.) en la que el recurrente lo que postula es la declaración de una obligación de hacer o no hacer por parte de la Administración demandada.

criterio de *numerus apertus*, que no limite las posibilidades de defensa del recurrente.⁵¹⁴

A pesar de que sea fácil comprender que en la especie, tratándose de inactividad material, la medida cautelar de tipo positivo se trata de un adelantamiento de efectos, porque la misma medida provisional y el objeto del Derecho lo exigen,⁵¹⁵ ello no se contrapone en absoluto a la conceptualización que demanda claramente el postulado constitucional, de una tutela judicial efectiva, más por el contrario es su puesta en práctica.⁵¹⁶

Otro problema sería, el de si los Jueces y Tribunales disponen realmente con poder suficiente, a fin de que puedan compeler efectivamente a la Administración, a cumplir con las medidas cautelares de tipo positivo que se les impongan. Tema éste último que, por su naturaleza es de difícil tratamiento y conclusión, sin embargo le aplicamos en lo conducente y en lo relacionado,

⁵¹⁴ En este sentido, el **Consejo de Estado** en el dictamen emitido al anteproyecto de 1995, señala que a fin de no dejar depender el desarrollo del precepto enteramente de las iniciativas de los órganos judiciales o de las representaciones letradas de las partes, sería conveniente contemplar los tipos de "*injunction*" del Derecho federal norteamericano, mediante el cual el "*mandatory injunction*", u orden judicial a la Administración para que cumpla un deber que tiene frente al demandante por un lado, y por otro lado la "*prohibitory injunction*", o mandato judicial prohibiendo a la Administración que ejecute una determinada acción.

⁵¹⁵ El adelantamiento sería indiscutible, y es tomado en cuenta para observar las necesidades del sistema. En este sentido véase, las conclusiones del **Seminario de la Magdalena, Santander, sobre la reforma de la Jurisdicción contencioso-administrativa**, celebrado del 9 al 13 de septiembre de 1996 y dirigido por el profesor **GARCÍA DE ENTERRÍA**, especialmente cuando señala que, para evitar que se especule con la patológica duración de los procesos, son particularmente importantes medidas cautelares que anticipen al menos una parte de los créditos contra la Administración cuando éstos aparezcan como indubitados (conclusión N° 13).

⁵¹⁶ En este orden, véase el **informe del Consejo General del Poder Judicial** al anteproyecto de 1995, p. 142, aplicable en sus términos generales a lo dispuesto por el anteproyecto de 1997, que dice que, esta adopción de medidas cautelares distintas de la mera suspensión de la ejecución del acto administrativo, está en consonancia con una concepción del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, cada vez menos revisor y más tendente a conocer del conjunto de pretensiones que pueden suscitarse frente a la actuación u omisión de la Administración.

la teoría esbozada en la segunda parte de la presente investigación en relación a las potestades de sustitución del juez, así cómo la forma de llegar a compeler forzosamente a los órganos administrativos a que cumplan con sus cometidos.

Finalmente, creemos conveniente resaltar la interesante propuesta efectuada por el profesor José María Baño León,⁵¹⁷ que bajo un agudo análisis, podría venir a resolver y agilizar la tramitación de casos que requieran de la adopción casi que inmediata, de medidas cautelares positivas mediante la figura de las vistas, en la que un Juez pueda con réplica y dúplica de las partes en conflicto (ciudadano afectado por un lado y representante estatal por otro), poder valorar *prima facie*, el posible derecho lesionado y las razones y justificantes que hayan intervenido para la actuación o la inacción en nuestro caso, de parte de la Administración Pública; de forma tal que con esta apreciación, el juzgador pueda decretar las medidas que estime pertinentes, bajo una óptica de justicia, especialidad y eficacia. Como bien lo resume el profesor BAÑO LEÓN, "en una vista hay posibilidad de una réplica y dúplica, mientras que los papeles en los que nos movemos tan a gusto todos los administrativistas, no siempre reflejan la realidad; y en muchos casos ocurre que muchas medidas cautelares no se hubieran o se hubieran adoptado, de haber tenido el Juez, en presencia de las partes, un conocimiento inmediato de cuestiones que además son mucho más trascendentes que las cautelares en un proceso civil, puesto que afectan también al interés público."⁵¹⁸

⁵¹⁷ Propuesta hecha en el seminario: La reforma del proceso contencioso-administrativo, PÉREZ MORENO, Alfonso (Coordinador), op. cit., p. 174.

⁵¹⁸ Intervención de BAÑO LEÓN, José María, en La reforma del proceso contencioso-administrativo, PÉREZ MORENO, Alfonso, Edit. Aranzadi, Pamplona, 1995, p. 174.

Todo lo dicho, sin obviar claro está, que tal y como está configurado nuestro sistema de organización jurisdiccional, tal implementación deberá conllevar un cambio en la organización de planta, ya que podríamos, a contrario de nuestra pretensión, causar un mayor atasco en los asuntos que se ventilan en los Tribunales Contencioso-Administrativos, vulnerando cada vez más los derechos e intereses legítimos de los administrados.

III. SITUACIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COSTARRICENSE.

La situación de la tutela cautelar en el derecho costarricense, es exactamente la misma que la analizada supra del derecho español, las lagunas y vacíos normativos son concurrentes también en el ordenamiento de Costa Rica y por ello, las necesidades de nuevas regulaciones que vengan a satisfacer el derecho sustantivo mediante una tutela cautelar eficaz, también se da como una condición del sistema.

La lentitud y la dilación de los procesos ordinarios contencioso-administrativos en España, es la que a final de cuentas, también inspira y determina la ineffectividad con la que se imparte justicia en Costa Rica. Cada proceso está plagado de "tiempos muertos",⁵¹⁹ conllevando, claro está, que el derecho en muchas ocasiones sea tan sólo una idea sin concretar, si al final de

⁵¹⁹ Como lo llaman **GIMENO SENDRA, Vicente, SABORÍO VALVERDE, Rodolfo, GARBERÍ LLOBREGAT, José y GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás** en: *Derecho Procesal Administrativo Costarricense*, Edit. Juricentro, San José, 1993, p. 463.

un proceso sólo quedaría la posibilidad de una ejecución de condena mediante la indemnización, porque ya el objeto material de la acción ha desaparecido.

Todo el fundamento teórico que hemos señalado para el caso español, es aplicable por antonomasia al caso costarricense, es por ello, que no entraremos en este momento a consideraciones doctrinarias que estarían por demás el hacerlas. Sólo valga señalar algunos elementos relacionados directamente con el cuerpo normativo de la materia en Costa Rica.

La suspensión cautelar de los efectos propios del acto o disposición administrativa, es la única medida cautelar que contempla la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de Costa Rica y que parte de la regla general de la ejecutividad de la actividad administrativa; así, el artículo 91 reza:

- "1. La interposición de la demanda no impedirá a la Administración ejecutar el acto o la disposición impugnada, salvo que el Tribunal acordare, a instancia del demandante, la suspensión.*
- 2. Procederá ésta cuando la ejecución hubiere de ocasionar daños o perjuicios de reparación imposible o difícil."*⁵²⁰

⁵²⁰ Esta medida es considerada como excepcional, al respecto véase: **GIMENO SENDRA, Vicente** y otros, *Ibidem*, p. 466. Sentencia del Tribunal Superior Contencioso Administrativo, Sección Primera, N° 7419 de las 10:15 horas del 25 de setiembre de 1984.

Por otra parte, también en el derecho costarricense la tutela cautelar ha sido considerada como un derecho fundamental intrínseco a una justicia pronta y cumplida, en los términos que ha señalado la Sala Constitucional de Costa Rica a un derecho general a la jurisdicción (artículo 41 de la Constitución Política de la República de Costa Rica),⁵²¹ por lo que, no habría justicia pronta y cumplida sin una tutela cautelar flexible y expedita.

Si bien es cierto, como se indicó anteriormente, en el sistema contencioso-administrativo no existe otra consideración de medida cautelar más que la de la suspensión del acto, al igual que sucede en el derecho español, bajo el carácter de supletoriedad del ordenamiento jurídico se pueden aplicar al contencioso-administrativo las reglas de las medidas cautelares innominadas a que se refiere el Código Procesal Civil (arts. 241 y 244). Por otra parte, y como efecto normativo integrador, del artículo 72 de la Ley Contenciosa citada, se puede extraer la posibilidad de que los Tribunales adopten todas aquellas medidas cautelares que exija la acción y que sean pertinentes para asegurar, en su oportunidad, la ejecución de la sentencia, dentro de las que cabría incluir las medidas positivas para una "aseguramiento" de los efectos que podría finalmente otorgar la resolución jurisdiccional (que bien podría ser de adelantamiento de efectos, según lo hemos visto).⁵²²

⁵²¹ Dicta esta norma superior: "Ocurriendo a las leyes, todos han de encontrar reparación para las injurias o daños que hayan recibido en su persona, propiedad o intereses morales. Debe hacerse justicia pronta, cumplida, sin denegación y en estricta conformidad con las leyes." Véase también: Resolución del Tribunal Superior Contencioso Administrativo, Sección Primera, N° 402-95 de las 15:00 horas del 29 de noviembre de 1995 y Resolución del mismo Tribunal, N° 154-96 de las 16:15 horas del 29 de mayo de 1996.

⁵²² También el artículo 23 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa en relación a la pretensión de las partes, señala: "La parte demandante, a que se refiere el artículo 10, párrafo 3, podrá pretender, además de lo previsto en el artículo que antecede, el

El joven jurista costarricense JINESTA LOBO⁵²³ plantea la imperiosa necesidad de la correcta contemplación de una tutela cautelar "atípica", poniendo de manifiesto que existen importantes parcelas de la función administrativa que precisan una norma de clausura del sistema cautelar. Admitiendo el control de la inactividad material de la Administración Pública como forma de ilegalidad, debe contarse con medidas cautelares atípicas lo suficientemente flexibles como para eliminar provisionalmente los efectos de la inercia administrativa, y evitar que sea burlada la efectividad de la futura sentencia de mérito, que bien pueden tener efectos anticipatorios, como ya se ha señalado, como podrían serlo la orden jurisdiccional a la Administración para que dicte el acto administrativo debido o realice la prestación debida.

Aunque nada se opone a la búsqueda y aplicación de parte de los Jueces y Tribunales costarricenses de medidas positivas que contrarresten la inactividad material de la Administración Pública, resulta evidente, primero, la carencia normativa y segundo, la tímida interpretación y decisión vanguardista en este sentido, por parte de los Jueces y Tribunales, plasmada en la escasa jurisprudencia nacional con dichos efectos. De todas formas, "la regulación actual del contencioso-administrativo no es adecuada para tutelar los derechos e intereses legítimos del administrado frente a la inactividad material de la

reconocimiento de una situación jurídica individualizada y la adopción de las medidas necesarias para el pleno restablecimiento de la misma, entre ellas la indemnización de los daños y perjuicios, cuando proceda."

⁵²³ JINESTA LOBO, Ernesto, *La tutela cautelar atípica en el proceso contencioso-administrativo*, San José, 1995, pp. 295-299.

Administración. Únicamente podría lograrse tal objetivo, si se permitiera "incoar la vía procesal sin la exigencia del acto administrativo, en demanda de que condenara a la Administración a realizar la actuación" y si se instrumentaran, de iure conditio, «medidas cautelares eficaces para que en el momento de incoarse el proceso, el juez adoptase las necesarias para evitar los perjuicios derivantes de la inactividad».⁵²⁴

En todo caso, la situación planteada en cuanto a insuficiencia normativa y ejercicio jurisdiccional, es la misma que la existente en el Derecho español, por lo que las salvedades y propuestas parecen ser, también las atinadas, para una mejora del derecho contencioso-administrativo en Costa Rica.

⁵²⁴ JINESTA LOBO, Ernesto, *Ibidem*, p. 298.

CAPÍTULO VIII

SENTENCIA Y EJECUCIÓN

CAPÍTULO VIII

SENTENCIA Y EJECUCIÓN

I. LA SENTENCIA EN EL CONTENCIOSO POR INACTIVIDAD MATERIAL.

Cuando se habla de sentencias judiciales derivadas de casos de inactividad material administrativa, es necesario relacionarlas invariablemente a las pretensiones que los sujetos demandantes dedujeran en el proceso contencioso-administrativo.

Así, el objeto del proceso determinará en todo caso la dirección que conlleve la actividad jurisdiccional, y consecuentemente los postulados que tenga finalmente la decisión judicial, línea que esboza el artículo primero del último proyecto de Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa propuesto (abril 1998), en cuanto define claramente el objeto del contencioso y lo circunscribe a las "pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones Públicas sujeta al Derecho Administrativo".⁵²⁵

Partiendo de que se encuentren clarificados los deberes legales de la Administración Pública y estos puedan hacerse exigibles, en virtud de estar

⁵²⁵ El art. 1.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa vigente, aún cuando se refiere al acto administrativo como objeto del proceso, expresa que lo será respecto a las pretensiones que de él se deriven, con lo cual, nos da la idea de la relación pretensión-sentencia que debe imperar al final de todo proceso contencioso-administrativo.

respaldados por el ordenamiento jurídico, la pretensión del sujeto dirigida al órgano jurisdiccional tratándose de impugnaciones contencioso-administrativas por inactividad material, radicará en solicitar la materialización del o de los derechos violentados con la omisión, mediante la condena expresa, directa y concreta a la Administración Pública a realizar todo aquello a que venga obligada por el Ordenamiento Jurídico. Como lo afirma el profesor GONZÁLEZ PÉREZ,⁵²⁶ el que acude en demanda de justicia a un Tribunal del orden contencioso-administrativo puede pretender el reconocimiento de una situación jurídica individualizada y la adopción de las medidas adecuadas para el pleno restablecimiento de la misma, entre ellas, la indemnización de daños y perjuicios. Y, previa verificación de la conformidad de la pretensión con el Ordenamiento jurídico, en cumplimiento del requisito de la congruencia, la sentencia accederá a ello.

Entonces, la sentencia se ajustará a los términos precisos en que se encuentre, tanto la pretensión del demandante, como los términos precisos de los deberes a que esté obligada la Administración Pública según la normativa vigente. En esta materia es el artículo 32.1 del proyecto el que hace referencia expresa a este tópico de la siguiente forma:

*" 1. Cuando el recurso se dirija contra la inactividad de la Administración Pública, conforme a lo dispuesto en el artículo 29, el demandante **podrá pretender del órgano jurisdiccional que condene a la Administración al cumplimiento de sus obligaciones***

⁵²⁶ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *La reforma de la legislación procesal administrativa*, p. 51.

en los concretos términos en que estén establecidas."

(El destacado no pertenece al original).

Nótese que esta norma, en relación con el Proyecto de Ley que le precede (de 18 de junio de 1997), elimina la referencia a "dictar el correspondiente acto administrativo en los términos establecidos en el fallo judicial" (especialmente en relación a la inactividad formal), eliminación que a nuestro juicio viene dada en razón de no permitir el legislador a los órganos judiciales, sustituir a la Administración en aspectos de su actividad no prefigurados por el Derecho, incluida la discrecionalidad en el "*quando*" y el "*como*" de una decisión o de una actuación material (para GÓMEZ PUENTE el legislador se hace eco de un temor a posibles excesos del control jurisdiccional que puedan llevar al órgano judicial a rebasar los límites de la función jurisdiccional e inmiscuirse en el ámbito propio de la función administrativa⁵²⁷). Sentido mismo que lo da la exposición de motivos del mismo proyecto, al decir que: tampoco les va a facultar la Ley a los Jueces traducir en mandatos precisos las genéricas e indeterminadas habilitaciones u obligaciones legales de creación de servicios o realización de actividades, pues en tal caso estarían invadiendo las funciones propias de aquélla. De ahí que la Ley se refiera siempre a prestaciones concretas y actos que tengan un plazo legal para su adopción y de ahí que la eventual sentencia de condena haya de ordenar estrictamente el cumplimiento de las obligaciones administrativas en los concretos términos en que estén establecidas.

⁵²⁷ GÓMEZ PUENTE, Marcos, *La inactividad de la Administración*, op. cit., p. 209.

Por ello, las pretensiones de la parte demandante será la determinante de la sentencia estimatoria y en relación con la norma 29 del proyecto (regulación expresa de la inactividad material) las pretensiones siempre lo serán de ejecución, de demanda del ejercicio de una acción positiva, de un hacer omitido por la Administración Pública. La sentencia siempre se referirá a una condena a la Administración de obrar, de un hacer positivo.

A este respecto señala GÓMEZ PUENTE,⁵²⁸ que ya desde la misma Ley de 1956 han sido posibles las sentencias de condenas para el restablecimiento de situaciones jurídicas individualizadas lesionadas por la conducta administrativa basadas en el artículo 42, situación que encuentra paralelismo normativo en el artículo 31.2 del proyecto de Ley, el cual a la letra dicta:

"También podrá pretender el reconocimiento de una situación jurídica individualizada y la adopción de las medidas adecuadas para el pleno restablecimiento de la misma, entre ellas la indemnización de los daños y perjuicios cuando proceda."

En todo caso, la relación de la pretensión de las partes (art. 31.1 del proyecto) con el objeto del recurso (inactividad material, art. 29 del proyecto), estriba en que la pretensión del sujeto siempre estará fundamentada en que la Administración cumpla finalmente con su obligación de "un hacer algo", según

⁵²⁸ *Ibidem*, p. 209.

los términos concretos en que esté especificada la obligación. Por otra parte, de estas normas, esencialmente del artículo 29 citado, se deduce claramente que no son impugnables las situaciones de inactividad de materias referidas al incumplimiento de deberes establecidos en favor de la colectividad, lo cual excluye pretensiones de la colectividad (es decir, no individualizadas) que por lo demás no dejan de ser -en la mayoría de los casos-, pretensiones con manifiesto sustento jurídico, tales como el clásico ejemplo del derecho de la colectividad a un ambiente sano y descontaminado; de allí que se manifieste - GÓMEZ PUENTE- con halo de preocupación, desengaño y desánimo, **que la reforma no alcanza aún el control plenario de la actuación administrativa.**⁵²⁹

Situación última que a todas luces resulta inconcebible si tomamos en consideración, que era el momento oportuno para esta meditación normativa ante la reforma integral de la ley en cuestión, todo con el fin de completar esos vacíos normativos que causa la vulneración flagrante del artículo 24.1 Constitucional con las omisiones materiales de la Administración.

La fórmula propuesta para la solución de este tipo de situaciones, no resulta de recibo ni se ajusta a los términos de justicia actual, ni a los postulados imperantes en el sistema desde 1978, porque si bien existe el mecanismo de la convertibilidad de la inactividad material en formal (siendo

⁵²⁹ *Ibidem*, p. 214. Cfr. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, "El control jurisdiccional de la inactividad de la Administración en el Proyecto de Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1997", *op. cit.*, p. 33.

posible desde la perspectiva de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa vigente), la misma no logra en absoluto ni la mediatez de la justicia, ni el resarcimiento material de los derechos vulnerados, tanto por el tiempo que media entre la petición y la finalización de esa conversión, como por la ineffectividad real que al final del largo proceso da como resultado.

Todo lo anterior nos da paso, al análisis de la problemática referida a la ejecución de las sentencias, problemática que no es exclusiva de la materia que aquí tratamos, pero que sin embargo, alcanza niveles agravados por las omisiones en virtud de que el requerimiento siempre se basará en una actuación positiva, a un hacer.

II. LA EJECUCIÓN DE LA SENTENCIA.

1. Planteamiento.

De conformidad con el artículo 24.1 Constitucional y al principio de tutela judicial efectiva que debe obtener todo administrado, el papel del juez se debe centrar en la **reposición íntegra** de las situaciones que, injustificadamente se hubiere visto privado el administrado en el ejercicio de sus derechos (en nuestro caso de las omisiones administrativas). Lo que quiere decir que, tendencialmente, la efectividad de la tutela hace exigible la interposición por parte de los órganos jurisdiccionales, de todos los medios e instrumentos legales posibles, a fin de asegurar el libre ejercicio de los derechos ciudadanos

y que se proteja esa integridad por medio de la acción de la justicia, "pues la actividad jurisdiccional de ejecución tampoco se limita a una tarea meramente mecánica u automática, exigiendo una armonización del fallo con las circunstancias a las que se aplica",⁵³⁰ como puso de relieve el profesor GONZÁLEZ PÉREZ, "la hora de la verdad de la Justicia Administrativa, el momento de verificar si un Estado es de Derecho, es aquel en que el Estado uno -legislador, juez y administrador- ha de hacerse justicia a sí mismo en el trance de hacer efectivo lo mandado en una sentencia estimatoria de una pretensión frente a él formulada".⁵³¹

Al incurrir la Administración en ilegalidades por medio de la inactividad, al ciudadano no le queda otra opción que recurrir ante los Tribunales en demanda de protección y lo hace cuando ha comprobado la inercia administrativa, porque lo primero que pretenderá será la efectividad en el actuar de la Administración Pública,⁵³² y luego que sea el Juez quien reconozca y ejecute materialmente esos deberes omitidos.⁵³³

⁵³⁰ FENOR DE LA MAZA Y CORNIDE-QUIROGA, Ángel, *Nuevas perspectivas en el proceso contencioso-administrativo. Las medidas cautelares*, op. cit., pp. 224-225.

⁵³¹ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *La reforma de la legislación procesal administrativa*, op. cit., p. 93.

⁵³² En este sentido véase lo dicho por MARTÍN REBOLLO, Luis, *Constitución, Derecho Administrativo y Estado Autonomico*, Asamblea Regional de Cantabria, Santander, 1990, p. 45, en donde expone con suma claridad, el fin último que mueve a los ciudadanos con la Administración cual es el recurso, lo patológico y en contraposición requiere de la Administración la correcta prestación de los servicios públicos que la Administración tiene encomendados. También véase del mismo autor: *El derecho Administrativo y las relaciones entre las Administraciones públicas y los ciudadanos*, ediciones de la Universidad de Extremadura, Cáceres, 1984, p. 22, al decir que: "...en sus relaciones con la Administración, al ciudadano le interesa, en primer lugar, que aquella actúe adecuadamente, funcione, preste correctamente los servicios que gestiona. Le interesa, que sea eficaz, lo que supone también un mayor acercamiento en términos de credibilidad. Y sólo en última instancia le interesa lo patológico que, de todos modos, tiene que estar previsto. Es decir, que si esa Administración no actúa o lo hace inadecuadamente, por mal o por tarde, se le obligue a actuar y se le haga responder por ello, bien anulando sus actos incorrectos, bien patrimonialmente, indemnizando

En razón de lo anterior, lo que pretenderá siempre el sujeto cuando demande a la Administración por inactividad, será una condena expresa de "hacer", de una acción positiva material. Precisamente es en este punto en donde radica la diferencia básica y radical de ejecución de sentencias basadas en otro tipo de acciones pretensivas y que no se fundamenten en la inactividad administrativa, tales como la anulación o modificación de la actividad administrativa (actos administrativos expresos).

La sentencia deber tener necesariamente, en virtud de la filosofía misma del sistema jurídico imperante, efectos no sólo declarativos sino ejecutivos (con todo lo que éste término pueda implicar en condenas de hacer), porque de poco le sirve al administrado que el Juez o Tribunal le otorgue razón (proceso declarativo) si no llegar a obtener la prestación material final y última (proceso

por la vía del instituto de la responsabilidad civil." Cfr. **TORNOS MAS, Joaquín**, "La situación actual del Proceso Contencioso Administrativo", *op. cit.*

⁵³³ Criterio en el cual no existe aún unanimidad en la doctrina y de la cual varios son los autores que se han ocupado del tema, entre otros véase: **BELTRÁN DE FELIPE, Miguel**, "Las exigencias constitucionales de una nueva concepción del Contencioso-Administrativo", *op. cit.*, pp. 3085 y ss.. **BORRAJO INIESTA, Ignacio**, "Las facultades de los Tribunales para ejecutar sentencias contra las Administraciones Públicas", en *Revista Española de Derecho Administrativo*, N° 53, pp. 69 y ss.. **MARTÍN REBOLLO, Martín**, *Constitución, Derecho Administrativo y Estado autonómico*, *op. cit.*. **TORNOS MAS, Joaquín**, "La situación actual del proceso contencioso-administrativo", *op. cit.*. **PAREJO ALFONSO, Luciano**, estudio preliminar a **PARADA VÁZQUEZ, Ramón**, "La reserva de jurisdicción y el problema del control jurisdiccional de la Administración", *VV.AA. Estudios sobre la Constitución Española*. Homenaje a Eduardo García de Enterría, volumen II, Edit. Civitas, Madrid, 1991. Del mismo autor: *La Administración y los jueces*, Edit. jurídica venezolana y Pons, 1988. **MONTORO CHINER, María Jesús**, "La ejecución de sentencias en el anteproyecto de Ley del proceso contencioso-administrativo", en *Revista Documentación Jurídica*, N° 51, 1986. **GARCÍA PONS, Enrique**, *Ejecución de sentencia (El derecho a la ejecución de sentencia como manifestación prestacional de contenido fundamental del derecho a la tutela judicial efectiva según la doctrina del Tribunal Constitucional)*, Edit. PPU, S.A., primera edición, 1995. **SÁNCHEZ MORÓN, Miguel**, "Siete tesis sobre el control judicial de la discrecionalidad administrativa", Cuadernos de Derecho Judicial (Eficacia, Discrecionalidad y Control Judicial en el ámbito administrativo), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994, en especial p. 148.

ejecutivo), verbigracia: el vecino que solicita el semáforo en su barrio, pretende verlo materialmente en la calle; ante la necesidad de la constitución de una Junta Arbitral, lo que se requiere es que se constituya y cumpla su función de ley; el enfermo que necesita de una operación quirúrgica inmediata, no requiere que el juez le diga que tiene derecho a ella, sino que la operación se concretice y se efectúe a tiempo.

Si bien es cierto existe una problemática en la ejecución de las sentencias a nivel de todo el amplio espacio jurídico del contencioso administrativo (tema sobre el que ya ha versado parte de la doctrina administrativista⁵³⁴), creemos firmemente que la cuestión se agudiza radicalmente cuando nos encontramos frente a sentencias condenatorias de obrar, de un hacer positivo (excluyendo a las condenas de dar por su naturaleza por tener una factibilidad mayor en los alcances de la sustitución judicial), que son las condenas que vienen a atacar frontalmente la inactividad material administrativa y en las cuales, la sustitución de la Administración por parte del órgano jurisdiccional parece ser menos factible.

La sentencia por inactividad material, tendrá que ordenar el ejercicio del deber omitido, es decir, accionar donde precisamente lo que falta es acción administrativa, mientras que en otro tipo de condenas por actividad administrativa, la sentencia que estime valederas las pretensiones de los

⁵³⁴ Cfr. **BELTRÁN DE FELIPE, Miguel**, *El poder de sustitución en la ejecución de las sentencias condenatorias de la Administración*, op. cit.. **GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago**, *Problemas procesales actuales de la jurisdicción contencioso-administrativa*, op. cit.. **GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús**, *La reforma de la legislación procesal administrativa*, op. cit..

sujetos demandantes, declarará la disconformidad a Derecho de los actos impugnados y los anulará, o también en situaciones en que se condene a la Administración a no hacer algo (también en el caso de condenas que impliquen demoliciones de edificaciones por ejemplo). Y resulta ser de esta manera, porque la sustitución a la que estaría obligado el Juez o Tribunal (en razón misma del ordenamiento jurídico⁵³⁵), es a todas luces más limitada y restringida, y los instrumentos con que cuenta para ello son más restrictivos.

De lo anterior se hace necesario un análisis sistemático, con el fin de determinar las posibilidades de una sustitución judicial que sea unísona con el principio constitucional de una tutela judicial efectiva, especialmente cuando se trate de poner en el ejercicio material de sus derechos a los administrados perjudicados por la inacción de los órganos administrativos.

Se hace preciso aclarar, que aún cuando el estudio se pueda extrapolar en sus términos con el planteamiento que supone la ejecución de sentencias a nivel de todo el contencioso administrativo, reiteramos que la principal distinción radica en que en el tema de la inactividad material administrativa, el problema se agrava y convierte las sentencias de éste tipo en meras declaraciones de voluntad sin contenido real, material y efectivo, consecuentemente hace inexistente el postulado de la efectividad en la tutela judicial tantas veces aludido.

⁵³⁵ Arts 117.3 de la Constitución Española y 2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

En definitiva, el logro de una tutela judicial efectiva (tema sobre el que senda doctrina constitucionalista como administrativista han versado⁵³⁶), comporta, cualquiera que sea el orden jurisdiccional de que se trate, el derecho indiscutible de los **ciudadanos de obtener cobijo pleno y efectivo de los Jueces y Tribunales**, lo que a su vez implica una conceptualización de tratar el proceso judicial como un medio para resolver los conflictos intersubjetivos que se estructuran en un sistema de garantías, en orden a evitar situaciones de indefensión a los derechos de los particulares.⁵³⁷

⁵³⁶ Pueden verse entre un gran listado de autores: **SÁNCHEZ MORÓN, Miguel**, *Discrecionalidad Administrativa y Control Judicial*, Edit. Tecnos, Madrid, 1994. **GIMENO SENDRA, Vicente**; **GARBERÍ LLOBREGAT, José, y, GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás**, *Derecho Procesal Administrativo*, op. cit. **GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo**, *Hacia una nueva justicia administrativa*, op. cit. **BREWER CARIAS, Allan**, "Consideraciones sobre el contencioso administrativo como derecho constitucional a la tutela judicial frente a la Administración", op. cit. **CANCER LALANNE, Enrique**, "La ejecución de sentencias" en Tribuna sobre La Reforma de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa dirigida por el Excmo. Sr. D. Jesús González Pérez, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, en colaboración con el Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1997.

⁵³⁷ En este orden, constituye la vía contencioso administrativa un medio que debe hacer posible la protección jurisdiccional de los derechos constitucionales. Sobre este tema véase: **LORCA NAVARRETE, Antonio María**, *Derecho Procesal Civil, Laboral y Contencioso Administrativo*, Edit. Tecnos, España, 1987, p. 287. **GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús**, en Estudios en Homenaje a Eduardo García de Enterría, T. III, p. 1990, refiriéndose al principio de tutela judicial efectiva y al indiscutible control jurisdiccional de la legalidad administrativa, dice: "El principio comporta la interdicción de cualquier exclusión. La sustracción de la jurisdicción de cualquier litigio comportaría un atentado a la tutela. La jurisdicción debe conocer de toda pretensión, abstracción hecha del Derecho Material que sirva de fundamento a las mismas. Allí donde existe una infracción del ordenamiento jurídico que determine la lesión de un derecho o de un interés legítimo, debe existir la posibilidad de que el titular de éstos acuda a un órgano judicial en demanda de justicia, cualquiera que fuere la persona de la que dimana la lesión (...). En un Estado de Derecho es inconcebible cualquier exclusión en razón de la materia o en razón de las personas. Ni materias excluidas, ni personas inmunes al control judicial. Todo acto sujeto al ordenamiento jurídico, toda actividad ordenada por el Derecho, está sujeto al control de los Jueces y Tribunales."

2. Control de legalidad.

Nuestro sistema contencioso-administrativo se encuentra estructurado sobre la base de un proceso de plena jurisdicción,⁵³⁸ en donde no sólo pretendemos la anulación de los actos administrativos (cuando estos existen, o bien la anulación -si así se puede llamar- de una conducta ilegal de la Administración, como lo sería la inactividad material a sus deberes legales), sino el pleno restablecimiento de la situación jurídica vulnerada, que es lo que sucedería cuando se satisface finalmente el derecho del perjudicado o bien se indemniza pecuniariamente.

El control del órgano jurisdiccional a la actividad de la Administración Pública se hace aquí pleno, es en esta tesitura en donde si hablamos de eficiencia y eficacia que debe regir la actividad administrativa como paradigma del sistema, también lo debemos señalar para la efectividad que debe suponer

⁵³⁸ Véase lo mencionado al respecto en el capítulo III y lo dicho por autores como: **GIMENO SENDRA, Vicente**, y otros, *Curso de derecho procesal administrativo*, op. cit. pp. 19 y 66. **ESCUSOL BARRA, Eladio y RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ, Jorge**, *Derecho Procesal Administrativo*, op. cit., p. 352. Para el profesor **Jesús, GONZÁLEZ PÉREZ**, *Manual de Derecho Procesal Administrativo*, op. cit., p. 207, la distinción que antaño se hacía de recursos contencioso-administrativos de anulación por una parte y de plena jurisdicción por otra, queda superado partiendo de la unidad de la pretensión procesal administrativa; a la letra, con todo atino dicta: "Las legislaciones, la jurisprudencia y la doctrina de los distintos países, tradicionalmente han venido admitiendo la existencia de dos tipos de recurso contencioso-administrativo: los llamados de anulación y los de plena jurisdicción, que daban lugar a dos procesos sustancialmente distintos. Parece que la distinción ha quedado reducida a sus justos límites: partiendo de la unidad de la pretensión procesal administrativa, puede admitirse la existencia de aquellos dos tipos en función de lo que se pretende del órgano jurisdiccional, sin que haya por qué seguirse para cada una de ellas cauces procesales distintos.". Para **BELTRÁN DE FELIPE, Miguel**, *El poder de sustitución en la ejecución de la sentencias condenatorias de la Administración*, Edit. Civitas, primera edición, Madrid, 1995, p. 85, la base técnico-procesal de la nueva justicia administrativa, se encuentra precisamente en que el control judicial está dirigido a proteger los diferentes derechos e intereses de carácter subjetivo y no ya de tutela meramente objetiva de legalidad. Puede verse también lo dicho por **GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón**, en: *Curso de Derecho Administrativo*, T. II, op. cit., p. 502.

la intervención jurisdiccional,⁵³⁹ porque lo que pretende un ciudadano cuando acude al orden jurisdiccional es que el Juez o Tribunal con sus potestades, **obligue** a la Administración a que cumpla con su deber, porque si la propia decisión judicial no puede ser finalmente ejecutada, de nada le serviría al administrado;⁵⁴⁰ en otras palabras, el Derecho debe servir plenamente a la justicia.⁵⁴¹

El control de la legalidad que puedan efectuar los Tribunales en conflictos por inactividad administrativa, lo será siempre *a posteriori*, es decir, la infracción (inacción, omisión, no acción) estará configurada, es por ello que el ejercicio jurisdiccional estará supeditado a la verificación de la omisión administrativa, a la verificación de los derechos que le asistan al particular solicitante y su respectiva lesión jurídica y posteriormente a la necesaria ejecución de esos derechos infringidos. Para GÓMEZ PUENTE, "tratándose la inactividad administrativa de una situación omisiva cuya ilegalidad resulta de la

⁵³⁹ Se ha hablado de "nuevo paradigma de la justicia administrativa: la efectividad", véase: **GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo**, *Hacia una nueva justicia administrativa*, Edit. Civitas, 1992, p. 100.

⁵⁴⁰ Para algunos autores el problema de la ejecución de sentencias es un problema sin resolver y el sistema no ofrece aún ninguna posibilidad de arreglo, véase entre otros: **DE LA OLIVA**, "Notas sobre la ejecución de sentencias en el proceso administrativo", en *Revista Documentación Administrativa*, N° 159, en especial p. 74. Para **ZANOBINI**, *Corso di diritto amministrativo*, vol. II, Giuffrè, Milano, octava edición, 1958, p. 126, citado por **BELTRÁN DE FELIPE, Miguel**, *El poder de sustitución en la ejecución de las sentencias condenatorias de la administración*, op. cit., p. 96, la inejecución es un hecho contra el que poco pueden hacer los medios jurídicos habituales. Y a pesar de haber dicho esto hace ya varios lustros, la situación que hoy nos da la vigente Ley de lo contencioso-administrativa es la misma.

⁵⁴¹ Véase **BELTRÁN DE FELIPE, Miguel**, *El poder de sustitución en la ejecución de las sentencias condenatorias de la administración*, op. cit., p. 92, citando además la sentencia del Tribunal Constitucional 32/82 de 7 de junio, Fundamento Jurídico 2, que dice: "El derecho a la tutela judicial efectiva...exige que el fallo judicial se cumpla y que el recurrente sea repuesto en su derecho y compensado, si hubiere lugar a ello, por el daño sufrido; lo contrario sería convertir las decisiones judiciales y el reconocimiento de los derechos que ellas comportan en favor de cualquiera de las partes en meras declaraciones de intenciones."

previa existencia de un deber u obligación administrativa de actuar, no es difícil comprender que la defensa jurisdiccional de la legalidad va a depender de la viabilidad de las sentencias condenatorias contra la Administración; de su eficaz cumplimiento y, caso de no ser atendido éste, de las posibilidades de asegurar su efectividad mediante una ejecución forzosa a cargo de los jueces."⁵⁴²

Al dictarse una sentencia o resolución judicial por el órgano competente, debe quedar claro que no se trata sólo de declarar la ilegalidad de la omisión administrativa, sino de llegar a la puesta en práctica del derecho omitido. De no facilitar el sistema medios e instrumentos que hagan realidad una sustitución del juez en casos de condenas de hacer, superados todos los dogmas que puedan subsistir aún por el principio de separación de poderes (tema que posteriormente se tratará), no se llenaría ese "agujero negro" del contencioso administrativo, del que tanto se ha hablado.⁵⁴³

La función jurisdiccional debe encontrarse de tal forma organizada, a fin de que quien se sienta lesionado en sus derechos o intereses legítimos por efectos de la inactividad material de la Administración Pública, encuentre el sustento coactivo suficiente para ver materializado su derecho; de tal forma que la Administración Pública no quede inerte ante sus deberes legalmente instaurados y burle de esta forma los derechos de los ciudadanos. Además,

⁵⁴² GÓMEZ PUENTE, Marcos, *La inactividad de la Administración*, op. cit., p. 161.

⁵⁴³ Referido así por la exposición de motivos del proyecto de Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (1997 y 1998).

porque la negativa, expresa o implícita, a cumplir una resolución judicial constituye un atentado a la Constitución frente al que no caben excusas.⁵⁴⁴

3. Problemática en torno a la Potestad sustitutoria de los Jueces y Tribunales.

Es conveniente como primera cuestión, plantearse algunas interrogantes a fin de arribar a un análisis que conlleve una determinación clara de las necesidades que demanda nuestro sistema jurídico en esta materia, así ¿hasta qué punto esa intervención a la que hemos venido señalando, le da facultades al juez para "sustituir" a la Administración en sus deberes ilegalmente omitidos (deberes de obrar)? ¿hasta donde podemos decir que "sustitución" equivale a "ejecución" y hasta dónde esa "sustitución" es la ejecución material de un deber que le corresponde única y exclusivamente a la Administración?

Son dudas que trataremos de ir resolviendo a lo largo del presente estudio, en razón de que serán necesarios a fin de descubrir la verdadera eficacia que ofrece nuestro sistema normativo a las resoluciones judiciales por inactividad material administrativa y, si a pesar de la propuesta de reforma que se realiza sigue existiendo ése "agujero negro".

Si partimos de la base de que la omisión administrativa de deberes legales constituye una evidente y manifiesta ilegalidad y que corresponde a los

⁵⁴⁴ Exposición de motivos, proyecto de abril de 1998.

Jueces coadyuvar en una mejor administración (sin que esto signifique administrar), obliga a que el sistema ofrezca a los órganos de justicia los medios suficientes y necesarios, con el fin de que puedan "compeler" a la Administración a la ejecución voluntaria de las resoluciones judiciales en primera instancia, y de no ser posible, puedan ellos mismos ya sea por medios forzosos o bien mediante terceros, desplegar la actividad material omitida.⁵⁴⁵

Lo que se solicita al órgano jurisdiccional con la impugnación por inactividad material de la Administración Pública, no es tanto una declaración de voluntad como la manifestación de la misma, traducida esta en un "hacer", en la realización de una conducta no predominantemente jurídica, sino física o material. No se trata de discutir la validez de un acto, un derecho, o la licitud de un interés, sino de procurar su plena satisfacción, máxime si tomamos los el supuesto de inactividad que señala el artículo 29.2 del Proyecto de Ley y que se refiere a casos de inexecución de actos administrativos firmes.

Algunos autores (BELTRÁN DE FELIPE⁵⁴⁶, MARTÍNEZ-VARAS GARCÍA,⁵⁴⁷ TORNOS MAS⁵⁴⁸ y DELGADO BARRIO⁵⁴⁹ entre otros) sostienen

⁵⁴⁵ **GABALDÓN LÓPEZ, José**, "La ejecución de las sentencias contencioso-administrativas", en Revista del Poder Judicial, número XV (especial), 1990, p. 47, ya lo planteaba al preguntar: ¿Cuáles son las posibilidades y los medios de que dispone un Tribunal contencioso-administrativo para lograr que la Administración entregue una cosa, haga lo que la sentencia condena a hacer o se abstenga de lo que prohíbe?

⁵⁴⁶ Para éste autor la "sustitución" es la clave para la efectividad de la tutela judicial porque se conseguiría una protección "real" y no "nominal". Además de que para él, el hacer ejecutar lo juzgado tal y como lo proclama la Constitución Española realmente no sería sustituir a la Administración, porque aquí no entraría el juez a hacer Administración, sino a hacer lo que la Administración está obligada a hacer. Véase: *El poder de sustitución en la ejecución de las sentencias condenatorias de la Administración*, op. cit., p. 108.

que la sustitución se hace posible y no encontraría en el sistema perturbación jurídica alguna para operarla. Sin embargo, posición más escéptica sostienen otros administrativistas (GÓMEZ PUENTE⁵⁵⁰, SÁNCHEZ MORÓN,⁵⁵¹ MONTORO CHINER⁵⁵²), señalando la incapacidad normativa con que cuentan los jueces para hacer cumplir sus resoluciones. En este sentido, a fin de la dilucidación de los alcances que debe tener el término: sustitución a los límites de la norma, resulta conveniente su definición terminológica, lo cual nos puede dar una idea de hasta donde resulta real la sustitución en nuestra normativa.

Para la Real Academia de la Lengua, el término viene referido a la acción de poner una persona en lugar de otra (en nuestro caso, estaríamos hablando de colocar al juez en lugar de la Administración para que realice la actividad omitida);⁵⁵³ por otra parte, una noción jurídica del término nos la da el Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual al decir que el término **sustitución** es la colocación de una persona en lugar, derecho u obligación de

⁵⁴⁷ **MARTÍNEZ-VARAS GARCÍA, Santiago**, *Eficacia, Discrecionalidad y conceptos jurídicos indeterminados*, Cuadernos de Derecho Judicial (eficacia, discrecionalidad y control judicial en el ámbito administrativo), Consejo General del Poder Judicial, op. cit., p. 95

⁵⁴⁸ **TORNOS MAS, Joaquín**, "La situación actual del proceso contencioso-administrativo", op. cit., p. 113.

⁵⁴⁹ **DELGADO BARRIO, Javier**, "El principio de efectividad de la tutela judicial en la jurisprudencia contencioso-administrativa", VV. AA. *"La protección jurídica del ciudadano. Estudios en homenaje al profesor Jesús González Pérez"*, Edit. Civitas, 1993, vol. II, p. 1212.

⁵⁵⁰ Para éste autor, la sustitución es viable en el tanto no exista de por medio una potestad discrecional por parte de la Administración en la que admite una excepción y se refiere a que cabe la sustitución cuando el Juez puede apreciar que sólo hay un modo de resolver o de actuar, posición de que más adelante diverjo relativamente. Véase a **GÓMEZ PUENTE, Marcos**, *La inactividad de la Administración*, op. cit. p. 184.

⁵⁵¹ **SÁNCHEZ MORÓN, Miguel**, "Siete tesis sobre el control judicial de la discrecionalidad administrativa", Cuadernos de Derecho Judicial (Eficacia, discrecionalidad y control judicial en el ámbito administrativo), op. cit., p. 161.

⁵⁵² **MONTORO CHINER, María Jesús**, *La ejecución de sentencias en el anteproyecto de Ley de proceso contencioso-administrativo*, op. cit., p. 190.

⁵⁵³ Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, Madrid, décimo novena edición, 1970.

otra.⁵⁵⁴ Con lo anterior, vemos que es indiscutible que la semántica del término empleado, va dirigida a la interposición de una parte por otra, al despliegue de una actividad por quien inicialmente no la tenía que realizar.

Así, si vamos admitiendo la sustitución judicial, lo hacemos en tanto ésta esté referida a una base sustantiva de derecho, es decir, a que exista de antemano una norma u acto que de previo haya establecido el derecho u obligación por parte de la Administración Pública (excluyendo claro, está todo el tema de la discrecionalidad con que cuenta la Administración, lo cual haremos en este mismo capítulo).

Y es la misma jurisprudencia la que ha dado muestras expresas de propugnar por la sustitución como forma de garantía de los derechos ciudadanos, como ejemplo podemos reseñar la sentencia del Tribunal Constitucional 167/87 de 28 de octubre, fundamento jurídico 4, que en lo conducente expresa:

*"La Sala puede adoptar las medidas concretas que dicha tutela judicial requiere, utilizando para ello, **si necesario fuere, los medios de ejecución sustitutoria** que la legislación procesal dispone".* (El destacado no pertenece al original)

⁵⁵⁴ Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Tomo VII, 16 edición, Edit. Heliasta S.R.L., Buenos Aires, Argentina, 1983.

A tenor de lo dicho, encontramos una diferencia más en la problemática mayor que conlleva la ejecución de las sentencias en casos de inactividad material, ya que cuando la sentencia estime un recurso contencioso-administrativo en donde se impugne una actividad administrativa en relación a actos expresos y presuntos de la Administración Pública que pongan fin a la vía administrativa (art. 25.1 del proyecto), la sentencia se limitará a declarar no ser conforme a Derecho una disposición o acto recurrido, o bien dispondrá que cese o se modifique la actuación impugnada, mientras que en casos de inactividad material, la sentencia no vendrá a anular porque no hay acto que anular, no podrá condenar al cese de una actividad porque no la hay, ni tampoco puede modificar ninguna actividad por ser ésta inexistente, debe entonces, exigir la emisión de un acto (casos de inactividad formal) o la práctica de una actividad jurídicamente obligatoria (art. 71.1.C del proyecto), por lo que la naturaleza jurídica de este tipo de sentencias exigiría un tratamiento de la ejecución con mayor minuciosidad y rigurosidad, esto es, con instrumentos más claros que permitan que el derecho se llegue a materializar en vía jurisdiccional.

Así las cosas, cuando el órgano jurisdiccional dispone de los instrumentos y medios necesarios para hacer exigible aquello que se debió realizar y no se hizo (inactividad administrativa), está desarrollando realmente esa función jurisdiccional que le ha sido encomendada constitucionalmente de "juzgar y hacer ejecutar lo juzgado", consiguientemente, no estaría usurpando

en modo alguno potestades administrativas, en razón de que la ilegalidad administrativa se configura mediante la inactividad.

4. Ejecución forzosa de las resoluciones judiciales por inactividad material a un "hacer positivo".

Al incumplirse una sentencia o resolución judicial, la Administración además de incurrir en una ruptura del orden jurídico, atenta tanto contra los intereses particulares relacionados directamente, como contra los intereses generales, porque la Administración Pública representa los intereses de toda la colectividad, intereses que han de ser salvaguardados frente a cualquier eventual menoscabo.⁵⁵⁵ De allí que sea necesario que ante el incumplimiento administrativo (inactividad material), el órgano jurisdiccional utilice **todos los medios que existan a su alcance** (dentro de los cuales se encuentran los medios de ejecución forzosa),⁵⁵⁶ con el fin de "obligar" a la Administración a cumplir con sus deberes.

⁵⁵⁵ Véase NIETO GARCÍA, Alejandro, "La Administración sirve con objetividad los intereses generales", Estudios sobre la Constitución Española, Homenaje a Eduardo García de Enterría, T. III, p. 2223. Tomando en cuenta siempre que esos intereses generales deben de reformularse continuamente, tal y como lo dice el profesor NIETO GARCÍA: "los intereses generales son conceptos que deben ser rectificados cada día (y de hecho lo son) por exigencias de adaptación a una sociedad en perpetuo movimiento (...) El Estado está sometido al derecho, y uno de sus fines esenciales es la realización del mismo; pero también está -con no menos esencialidad- para realizar los intereses generales...". De todas formas, en su criterio hay una correlación ineludible entre intereses particulares e intereses generales al entrar en contacto unos con otros (misma obra citada, p. 2231). También véase el Auto del Tribunal Supremo de 13 de junio de 1988 (Sala 4º), ponente: Sr. D. Antonio Bruguera Manté (Arz. 4375), el que en lo conducente dicta: "El derecho a la ejecución de la sentencia no puede concebirse únicamente como un derecho del particular interesado en la ejecución (...) sino que es también un esencial interés público el que está implicado e interesado en ello como fundamento del Estado de Derecho que demanda que se cumplan las sentencias de los Tribunales."

⁵⁵⁶ A este respecto valga apuntar que: "...este derecho no se satisface con la mera declaración judicial, desprovista de sustancia práctica, sino que necesita de su realización y, por tanto, la tutela, en cuanto efectiva por exigencia constitucional expresa, ha de llegar hasta el cumplimiento forzoso, si preciso fuere, de los pronunciamientos judiciales, donde se exterioriza

En términos generales, la inejecución de las sentencias o resoluciones judiciales, o bien el mero retraso en sus términos, perjudica seriamente los intereses públicos, que como bien lo señala BASSOLS COMA,⁵⁵⁷ afecta no sólo a los particulares, sino a todo el sector público al tener que abonar cuantiosos intereses de demora y constituye además un atentado al principio de eficacia y economía del gasto público (artículo 31 Constitución Española) y al principio de buena administración, sancionado por el artículo 103.1 *Constitucional*.

Ahora bien, cuando una resolución judicial llega al límite de la ejecución forzosa ¿qué es lo que se pretende con ella? Tanto para el particular como para el juez, el objetivo básico radicarán en que la sentencia o resolución judicial se cumpla "*in natura*", es decir, que lo prioritario será ejecutar la sentencia en sus propios y justos términos, que en nuestro caso, el objeto será la materialización de la actuación omitida, el ejercicio del deber no ejercitado; por ejemplo: si no se ha arreglado una calle, la pretensión será que se arregle; si no se ha colocado un semáforo, la pretensión será que se coloque en la calle; si no se ha quitado el obstáculo que impide la entrada a una casa, la pretensión será que se elimine dicho obstáculo. Los Tribunales, -GÓMEZ PUENTE- deben propiciar los medios de "compulsión" a fin de que el órgano

la potestad de juzgar." **GARCÍA PONS, Enrique**, *Ejecución de sentencia* (El derecho a la ejecución de sentencia como manifestación prestacional de contenido fundamental del derecho a la tutela judicial efectiva según la doctrina del Tribunal Constitucional), *op. cit.*, p. 24

⁵⁵⁷ **BASSOLS COMA, Martín**, "La ejecución de sentencias condenatorias de la Administración pública en jurisdicciones distintas a la contenciosa administrativa", en Revista Documentación Administrativa, Nº 209, p. 77.

jurisdiccional dé preferencia a los medios de ejecución que hagan posible la prestación omitida en sus propios términos, en otras palabras, es forzar el cumplimiento personal, esto es, por la propia Administración obligada.⁵⁵⁸

Aquí radica la verdadera problemática en la ejecución de las resoluciones judiciales a la que ya nos hemos venido refiriendo, porque se trata de **desplegar una acción o actividad material** que no ha sido inicialmente ejercida por la Administración Pública. El verdadero punto crucial del *giudizio di ottemperanza* viene determinado por aquellas circunstancias en las que el cumplimiento de la sentencia implica actos materiales o actos jurídicos para cuya efectividad se requieren actos materiales.⁵⁵⁹

Si el legislador aboga por la utilización por parte de Jueces y Tribunales de todos los medios e instrumentos necesarios para hacer cumplir el derecho (arts. 31, 32 y 71 del proyecto de Ley), el planteamiento en relación a las facultades de ejecución debe reconducirse a una propuesta positiva, permitiendo al órgano jurisdiccional en todo caso, el ejercicio final de las actividades materiales no realizadas por la Administración Pública (esto, tomando en consideración que por su naturaleza sea posible la sustitución, porque de otra manera habría que plantearse vías alternativas y de relativa eficacia como serían: la coacción por medio de condicionamiento de presupuestos públicos por ejemplo, identificación de los servidores públicos

⁵⁵⁸ GÓMEZ PUENTE, Marcos, *La inactividad de la Administración*, op. cit., p. 177.

⁵⁵⁹ GIANNINI, Massimo Severo, *Contenuto e limiti del giudizio di ottemperanza*, Giuffrè, Milano, 1962, pp. 117 y ss., citado por BELTRÁN DE FELIPE, Miguel, *El poder de sustitución en la ejecución de las sentencias condenatorias de la administración*, op. cit., p. 391.

para sentar las responsabilidades correspondientes, la implementación eficaz de multas coercitivas, o bien la condena por indemnización de daños y perjuicios).

A. Ejecución forzosa "*in natura*".

Si la Administración ha cometido una infracción al ordenamiento jurídico omitiendo una actividad de la cual devenía en obligado, ante la condena judicial debe ejecutarla en sus propios términos; y a esto nos conduce con toda claridad el mismo artículo 24 constitucional, mediante el cual el derecho que tiene el particular incluye necesariamente, la ejecución de lo resuelto en sus propios términos.⁵⁶⁰ Además, por intermedio de esta misma norma, el Tribunal sería el primer obligado al exacto cumplimiento de la resolución, valga traer a colación las palabras de MUÑOZ MACHADO: "si un juez o Tribunal se aparta, sin causa justificada, de lo previsto en el fallo que debe ejecutarse o se abstiene de adoptar las medidas necesarias para su ejecución, cuando le sea legalmente exigible, estaría vulnerando el artículo 24.1 Constitución Española

⁵⁶⁰ A esto se refiere también el Tribunal Supremo, auto de 13 de junio de 1988, Sala 4º (Arz. 4375), ponente: Sr. D. Antonio Bruguera Manté, sin embargo, en este auto el Tribunal no llega a determinar la posibilidad de la sustitución en virtud de lo dispuesto constitucionalmente como derecho del que solicita la ejecución: "el derecho a la efectividad de la tutela judicial del indicado Art. 24 de la Constitución incluye el derecho a obtener la ejecución de lo resuelto en sus propios términos, sin que se pueda acudir a una prestación sustitutoria, aunque se repunte equivalente, a menos que el cumplimiento natural en sus propios términos no resulte posible." También puede verse Sentencia del Tribunal Constitucional 167/1987 de 28 de octubre (BOE, número 279, de 21 de noviembre de 1987), ponente: don Jesús Leguina Villa, resolución consistente en que la sentencia se ha de ejecutar en sus propios términos, sin que sean posibles cumplimientos disimulados o ejecuciones aparentes que vulneren el derecho del ciudadano reconocido en sentencia.

en el ámbito del recurso de Amparo, el reconocimiento y restablecimiento del derecho constitucional infringido".⁵⁶¹

B. Referencia al "hacer personalísimo".

Cuando de prestaciones se trate y estas sean de carácter personalísimo, es decir, que sólo puedan ser desplegadas estrictamente por la propia Administración (piénsese por ejemplo en la elección de una persona en un puesto de trabajo, donde debe darse la existencia de toda una valoración técnica de las condiciones del candidato y existan varias personas para ocupar el puesto, o bien la constitución de una Junta Arbitral, o bien la reglamentación de una ley), el órgano jurisdiccional se vería legalmente imposibilitado para "sustituir" a la Administración en su actuar omitido, interviniendo en otro sentido el elemento de la discrecionalidad administrativa plena, mediante la cual en modo alguno podría llegar a pensarse en una sustitución judicial.⁵⁶²

No debe olvidarse, que en los términos en que se encuentra la normativa actual y a su interpretación jurisprudencial, los órganos jurisdiccionales se encuentran facultados en algunos casos a concretar los términos de los actos impugnados (materia de ordenanzas fiscales, art. 85 Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa), pero no ejecutan ellos mismos

⁵⁶¹ MUÑOZ MACHADO, Santiago, "Reserva y control jurisdiccional de la Administración", Estudios sobre la Constitución Española, Homenaje a Eduardo García de Enterría, T. III, *op. cit.*, p. 2773.

⁵⁶² Tema que se tratará posteriormente.

las prestaciones de tipo material que le corresponden a la Administración Pública.

Si dispusieran **todos** los instrumentos jurídicos necesarios para que se dé la materialización final de lo resuelto (tal y como está concebido en el proyecto de Ley⁵⁶³), ello incluiría instrumentos tan efectivos como la utilización de la fuerza pública, el embargo de bienes públicos de uso no esencial, prisión para funcionarios que obstaculicen de alguna forma el debido cumplimiento de los deberes legalmente constituidos de forma más directa y eficaz, despliegue de la actividad por un tercero a cargo de la Administración, etc.. Debiéndose por tanto, replantearse por parte del órgano judicial el analizar estas situaciones de inactividad material con toda rigurosidad científica, de forma tal que sólo sean insustituibles aquellas actividades que por su naturaleza estrictamente personalizada de ser llevada a cabo por la Administración Pública, no puedan ser desplegadas, o por los Tribunales o bien por un tercero autorizado, en cuyo caso el replanteamiento estará enfocado según lo dicho anteriormente, a la efectividad de los instrumentos de coacción o bien a la sustitución de la ejecución material del objeto de la pretensión por una indemnización (circunstancia que a nuestro juicio, devendría valedera única y exclusivamente cuando el objeto hubiere desaparecido o sea de imposible

⁵⁶³ Art. 108.1.b). *"Si la sentencia condenare a la Administración a realizar una determinada actividad o a dictar un acto, el Juez o Tribunal podrá, en caso de incumplimiento:*
b) *Adoptar las medidas necesarias para que el fallo adquiera la eficacia que, en su caso, sería inherente al acto omitido, entre las que se incluye la ejecución subsidiaria con cargo a la Administración condenada."*

ejecución, por ejemplo: que el paciente que requería la operación quirúrgica muriera, o que la mercadería guardada en la aduana desapareciese, etc.).

De no seguir esta línea de utilización de los instrumentos jurídicos puestos en el ordenamiento para una sustitución judicial con plena efectividad, colocaríamos a los Tribunales con unas facultades de extrema restricción, como indica BELTRÁN DE FELIPE⁵⁶⁴ estaríamos ante una "actividad infungible", otorgándole al órgano jurisdiccional únicamente acciones indirectas, como las multas coercitivas (*injoctions*) que en virtud del artículo 112 en consonancia con doctrina del Tribunal Constitucional en que las multas no son títulos directamente ejecutables debiendo tramitarse por proceso aparte, también deducción de la responsabilidad penal y finalmente poner el monto de las indemnizaciones que correspondan, y ello sería en consecuencia dejar sin efecto los alcances de una tutela judicial efectiva como lo demanda el citado artículo 24 Constitucional.

Por otra parte, las medidas que se dispongan en la sentencia deben ser adoptadas sin que se produzcan dilaciones indebidas, pues de otra forma se vulneraría también el mencionado artículo 24.2, que como señala la sentencia del Tribunal Constitucional 26/83 no se debe confundir con el derecho a la ejecución de las sentencias sino que se encuentra en íntima relación con el mismo, pues es claro que el retraso injustificado en la adopción de las medidas

⁵⁶⁴ BELTRÁN DE FELIPE, Miguel, *El poder de sustitución en la ejecución de las sentencias condenatorias de la administración*, op. cit., p. 392.

necesarias, afecta en el tiempo la efectividad del derecho fundamental, de tal forma que como afirma la STC 6/1981 debe plantearse como un posible ataque al derecho a la tutela judicial efectiva las dilaciones injustificadas que puedan acontecer en cualquier proceso.⁵⁶⁵

Otro problema del cual no escapa la práctica jurídica y del cual nos hacemos eco, es la inactividad o el incumplimiento de los mismos órganos judiciales en la ejecución de sus resoluciones, es decir, de la puesta en marcha de los mecanismos necesarios para compeler a la Administración al debido cumplimiento de las sentencias, sin embargo, sólo valga acotar que la tutela de los derechos también abarca el actuar de la justicia y por tanto también es acreedora de responsabilidad, como apunta GARCÍA PONS, "el derecho reconocido en el artículo 24.2 de la Constitución Española, que es de naturaleza prestacional, no puede quedar excluido cuando las dilaciones tengan su origen en carencias o defectos de la estructura de la organización judicial, y en tal sentido ha afirmado la jurisprudencia que el abrumador volumen de trabajo que pesa sobre determinados órganos judiciales puede exculpar a los Jueces y Magistrados de toda responsabilidad personal por los retrasos con que las decisiones se producen, pero no priva a los ciudadanos de reaccionar frente a tales retrasos, ni permite considerarlos inexistentes."⁵⁶⁶

⁵⁶⁵ Jurisprudencia comentada por **GARCÍA PONS, Enrique**, *Ejecución de sentencia* (El derecho a la ejecución de sentencia como manifestación prestacional de contenido fundamental del derecho a la tutela judicial efectiva según la doctrina del Tribunal Constitucional), *op. cit.*, p. 13.

⁵⁶⁶ **GARCÍA PONS, Enrique**, *Ibidem*, p. 60, donde cita la Sentencia del Tribunal Constitucional 81/89. Véase también: **GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús**, *Manual de Derecho Procesal Administrativo*, *op. cit.*, p. 149, para quien, la situación se agrava por la "voluntad política de turno", además de la falta de imaginación por un lado y habilidad por otro para incumplir con las resoluciones judiciales. Este autor expresa que: "la ejecución de las sentencias pone de manifiesto la fragilidad de la justicia administrativa, pues cuando llega el momento de ejecutar el

En todo caso, lo que se pretende es el cumplimiento final de todos los derechos que el ordenamiento tutela, más tomando en consideración si estos han sido omitidos por la Administración sin causa justificada. Propugnamos por una plena reactivación de las funciones que a cada cual le correspondan, y no obviamos que el control jurisdiccional no es el remedio para el buen funcionamiento de la Administración, ésta por antonomasia, puede y debe funcionar correctamente en sus deberes y obligaciones desplegando el nivel mínimo -por lo menos- de eficacia y eficiencia, mediante el cual no pueda vulnerar derecho alguno de los administrados (obligaciones que corresponden a los derecho propios de todo Estado Social de Derecho).

C. Condenas de "hacer" y las condenas pecuniarias.

Tradicionalmente, la sentencia como intervención del órgano jurisdiccional se venía viendo dividida en dos órdenes -NIETO-.⁵⁶⁷ intervenciones judiciales no sustitutorias, en donde el órgano declara la pasividad administrativa y le ordena actuar (ya sea sin especificar el contenido de la acción o indicando el modo de la acción a realizar) e intervenciones sustitutorias, en donde el juez o Tribunal, dicta él mismo el acto sustituyendo la pasividad de Administración, dentro de las cuales podríamos incluir con

mandato de la sentencia condenatoria de la Administración se comprueba que sólo se consigue cuando el político de turno así lo permite. Frente a la absoluta falta de imaginación de la Administración en todas sus manifestaciones, agudiza su ingenio y habilidad para, por mil procedimientos diversos, escapar a los mandatos imperativos de los Tribunales."

⁵⁶⁷ NIETO GARCÍA, Alejandro, "La inactividad material de la Administración: veinticinco años después", *op. cit.*, pp. 48 y ss.

grandes reticencias las condenas en donde lo que se requiera no es la sustitución en la emisión de los contenidos de un acto, sino en ejecutar aquellos contenidos que ya el acto tenía (casos de inejecución de actos por la misma Administración).

Por su parte, las sentencias condenatorias de hacer las podríamos ver en dos sentidos:

1.- Condenas de hacer positivo (aunque podría incluirse algunas de "no hacer" como las referidas a inactividad material de tipo positivo), para lo cual se exigirá en primera instancia la prestación concreta a la Administración, es decir de forma: *in natura*; y,

2.- En virtud de que no sea factible la materialización del derecho alegado, el Juez o Tribunal demandaría el pago de una suma de dinero a la Administración para resarcir los daños que se hubieren causado con la inacción. Agregando que, esta "suplantación" o "conversión" de actividad (ejecución *in natura*) por pago, sólo puede operar con ocasión de una "expropiación de derechos" a la ejecución en sus propios términos, artículo 18.2 Ley Orgánica del Poder Judicial (imposibilidad jurídica o material de la ejecución).⁵⁶⁸

⁵⁶⁸ Art. 18.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que a la letra dicta: "Las sentencias se ejecutarán en sus propios términos. Si la ejecución resultare imposible, el Juez o Tribunal adoptará las medidas necesarias que aseguren la mayor efectividad de la ejecutoria, y fijará en todo caso la indemnización que sea procedente en la parte en que aquélla no pueda ser objeto de cumplimiento pleno. Sólo por causa de utilidad pública o interés social, declarada por el Gobierno, podrán expropiarse los derechos reconocidos frente a la Administración Pública en

De esta forma, una especialidad más en la problemática de la ejecución de sentencias tratándose de la inactividad material administrativa, es el resultado de la distinción entre las condenas de hacer material y las condenas de pago. Porque en la ejecución de la sentencia por inactividad, que en la mayoría de los casos se refiere a una condena de hacer, no se trata de acudir a un patrimonio que responda de una demanda o de unos perjuicios (pudiendo resolver por ejemplo por medio del embargo de bienes), sino de conseguir que el sujeto obligado (Administración) cumpla con lo que se le exige (que realice la prestación o actividad debida), lo cual coloca la efectividad de la sentencia o resolución judicial de estos casos en entredicho. Con toda razón y fundamento se dice entonces, que las obligaciones de hacer son las más desprotegidas normativamente en términos de tutela judicial.⁵⁶⁹

Cabe señalar que el hecho de que se pida a la Administración Pública el cumplimiento exacto de la prestación debida, no quiere decir que paralelamente exista también ocasión para demandar una indemnización de tipo pecuniario por el atraso y los daños sufridos con la inacción. Si traemos a colación el ejemplo del ciudadano que vio obstaculizada la entrada a su casa, la exigencia estará comprendida en que se quite el obstáculo, sin embargo, nada impediría que solicite y demande a la Administración por los daños y

una sentencia firme, antes de su ejecución. En este caso, el Juez o Tribunal a quien corresponda la ejecución será el único competente para señalar por vía incidental la correspondiente indemnización."

⁵⁶⁹ Véase **BELTRÁN DE FELIPE, Miguel**, *El poder de sustitución en la ejecución de las sentencias condenatorias de la Administración*, op. cit., p.109.

perjuicios que le ocasione la inactividad administrativa. Asimismo, aún tratándose de condenas de tipo pecuniario (dar una cantidad líquida de dinero, por ejemplo el pago de una subvención) cabría a nuestro juicio, la demanda por daños y perjuicios. Véase el caso del administrado al que se le concede una beca y ésta no es materializada cuando en tiempo corresponda, en virtud de ello el sujeto ha tenido que desembolsar una serie de gastos de lógica consecuencia, aún y cuando se llegue a dar la beca en cuestión, la Administración deberá indemnizar al ciudadano todos esos gastos en los que ha incurrido accesoriamente hasta que el derecho se concretó.

Sin embargo y aquí lo hemos dejado clarificado, lo que buscamos no es la instrumentalización jurídica, ni el redimensionamiento del sistema para el pago de indemnizaciones. A los administrados no les interesa -en puro y estricto derecho primario-, que la Administración tenga la posibilidad de poder escoger entre materializar el derecho alegado y querido por el ciudadano (poner un semáforo, intervenir quirúrgicamente al asegurado, cesar los ruidos de un local comercial, evitar la contaminación de un río por vertidos de una empresa metalúrgica, etc.) o indemnizar en sustitución de la acción material. Porque en nuestro criterio, la Administración no tiene la facultad para dicha escogencia, lo que busca el derecho es la satisfacción prima de los derechos de los administrados.

Justificamos entonces, una plena sustitución hasta donde el límite de la facultad jurisdiccional lo permita; a contrario sensu, sería materialmente

imposible en aquellos casos en que la ejecución de la obligación corresponda, o bien a una discrecionalidad administrativa de tipo técnica, o bien a un despliegue de actividad que sólo esté en capacidad de hacerlo a la Administración (hacer personalísimo), en cuyo caso, el sistema lo que debe procurarle al ciudadano es una normativa que instrumente de manera adecuada los medios de forzar a la Administración a la realización y cumplimiento de lo debido. Apoya esta tesis aún en términos más absolutos BELTRÁN DE FELIPE, para quien cabe apurar las posibilidades que ofrece el ordenamiento para obtener la ejecución en sus propios términos, derivado de un juego combinado de la obligación de colaboración (arts. 118 C.E. y 17.1 LOPJ) y de la práctica de pruebas periciales (arts. 74.4, 75.1º y 2º y 110 LJCA).⁵⁷⁰

Valga citar en este apartado, la Sentencia del Tribunal Constitucional 67/1984, Fundamento Jurídico 2, jurisprudencia que expone con toda claridad que el fin último de la actividad judicial, debe estar movido por la plena satisfacción del derecho del administrado. En lo conducente apunta:

"Cuando para hacer ejecutar lo juzgado, el órgano judicial adopta una resolución que ha de ser cumplida por un ente público éste ha de llevarla a cabo con la necesaria diligencia, sin obstaculizar el cumplimiento de lo acordado por imponerlo así el art. 118 de la Constitución; y cuando tal obstaculización se produzca, el Juez ha de adoptar las

⁵⁷⁰ *Ibidem.* p. 432, proponiendo además figuras tan innovadoras como el comisario ad acta o mandatario judicial.

*medidas necesarias para la ejecución, de acuerdo con las Leyes, que han de ser interpretadas -según ha declarado el Tribunal en reiteradas ocasiones- de conformidad con la Constitución y en el sentido más favorable para la efectividad del derecho fundamental. Si tales medidas no se adoptan con la intensidad necesaria -y legalmente posible- para remover la obstaculización producida, el órgano judicial vulnera el derecho fundamental a la ejecución de las Sentencias, que le impone (...) el deber de adoptar las medidas oportunas para llevarla a cabo. Por otra parte, tales medidas han de adoptarse sin que se produzcan dilaciones indebidas, pues de otra forma se vulneraría el art. 24.12 de la Constitución, que si bien, como señala la mencionada Sentencia, no se confunde con el derecho a la ejecución de las Sentencias del 24.1, se encuentra en íntima relación con el mismo, pues es claro que el retraso injustificado en la adopción de las medidas indicadas, afecta en el tiempo a la efectividad del derecho fundamental, de tal forma que, como afirma la Sentencia del Tribunal 6/1981, de 14 de julio, en su fundamento jurídico 3 (Boletín Oficial del Estado de 20 de julio), debe plantearse como un posible ataque al derecho a la tutela judicial efectiva las dilaciones injustificadas que puedan acontecer en cualquier proceso."*⁵⁷¹

En todo caso, si traemos a colación el tema planteado en el capítulo VII en relación con las medidas cautelares positivas y hacemos una sucinta relación con la frecuente inejecución de las sentencias, podremos observar

⁵⁷¹ Véase también Sentencia del Tribunal Constitucional 167/1987 de 28 de octubre de 1987, precitada.

que una posible solución a los efectos perniciosos que esto trae consigo, vendría determinado en que en el proceso correspondiente, se hubieren dispuesto por el órgano jurisdiccional las medidas cautelares suficientes para evitar que el administrado siguiera sufriendo daños con ocasión de la inactividad, con lo que la sentencia vendría a ratificar los derechos que se adelantaron con dichas medidas. Claro está, hacemos hincapié nuevamente en que el otorgamiento de medidas cautelares positivas, debe resultar de una cuidadosa y minuciosa valoración jurisdiccional, y que su aplicación es sumamente compleja por la gravedad del posible adelantamiento de efectos que no estén amparados a derecho, debiendo otorgarse en casos de extrema urgencia y con los elementos de prueba necesarios.⁵⁷²

5. Posibilidad de la ejecución delegada a un tercero.

A tenor de lo dispuesto en el artículo 924 de la Ley de Enjuiciamiento Civil,⁵⁷³ y en aplicación supletoria al orden contencioso administrativo, somos partícipes de la posibilidad de que el órgano jurisdiccional encargue la comisión de la actividad debida a un tercero (so pena del quebranto de un derecho fundamental a la ejecución de las resoluciones).⁵⁷⁴ Piénsese por ejemplo, en

⁵⁷² **FENOR DE LA MAZA Y CORNIDE-QUIROGA, Ángel**, *Nuevas perspectivas en el proceso contencioso-administrativo. Las medidas cautelares*, op. cit., p. 229, en donde señala que en virtud del artículo 385 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la ejecución provisional de obligaciones de hacer que entrañen situaciones irreversibles debe entenderse improcedente.

⁵⁷³ Art. 924 Ley de Enjuiciamiento Civil: "Si el condenado a hacer alguna cosa, no cumpliere con lo que se le ordene para la ejecución de la sentencia dentro del plazo que el Juez al efecto le señale, **se hará a su costa**; y si por ser personalísimo el hecho no pudiere verificarse en esta forma, se entenderá que opta por el resarcimiento de perjuicios...". (El destacado es nuestro)

⁵⁷⁴ Cfr. **NIETO GARCÍA, Alejandro**, "La inactividad material de la Administración: veinticinco años después", op. cit. p. 64. En el ordenamiento jurídico pueden verse otras normas que

aquella resolución judicial que obliga a la Administración a demoler un quiosco indebidamente construido en un barrio y que esta no lo hace, pues en este caso creemos que podría pensarse en la posibilidad de que el Juez o Tribunal delegue la demolición a un tercero con cargo a la Administración obligada, por no tratarse de un caso de "hacer personalísimo", aquí operaría con plena efectividad y legalidad en la sustitución que lleve a cabo.

Sin embargo y a pesar de lo dicho, no debemos olvidar -en honor al señalamiento de la problemática que esto puede ocasionar- el principio de legalidad presupuestaria, por medio del cual todo compromiso administrativo que se asuma debe estar fundamentado en un rubro de disponibilidad presupuestaria estatal, tampoco debemos olvidar aquel tipo de actividades que no enmarcan en el cuadro de competencias de las Administraciones, así como en el mayor coste que eso significaría para el erario público (el cual finalmente revierte en todos los ciudadanos).

Y es que el razonamiento jurídico posibilitando esta clase de sustitución, es el mismo que se plantea para que sea el Juez el que actúe directamente. Lo que se hará en definitiva no es sustituir la "voluntad" de la Administración, sino la "ejecución" de un resultado concreto ya determinado por el ordenamiento e incumplido por la misma. Aquí, la "sustitución" opera como una mera "ejecución" de una voluntad predeterminada (exceptuando aquellos casos en

que no existan en absoluto, estándares mínimos de actuación y opere una total discrecionalidad técnica por parte de los entes administrativos).⁵⁷⁵

Quizás, con el fin de reiterar el alcance del poder de sustitución del que siempre ha gozado el Juez, el legislador propone la siguiente norma en el proyecto de Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, lo que refuerza aún más nuestra tesis de las posibilidades de sustitución plena, ya no sólo jurisprudenciales sino legislativas, que vienen a paliar los perjuicios causados con la inactividad administrativa:

"Artículo 108:

1. Si la sentencia condenare a la Administración a realizar una determinada actividad o a dictar un acto, el Juez o Tribunal podrá, en caso de incumplimiento:

a) Ejecutar la sentencia a través de sus propios medios o requiriendo la colaboración de las autoridades y agentes de la Administración condenada o, en su defecto, de otras Administraciones Públicas, con observancia de los procedimientos establecidos al efecto.

⁵⁷⁵ Cfr. **BELTRÁN DE FELIPE, Miguel**, *El poder de sustitución en la ejecución de las sentencias condenatorias de la administración*, op. cit., p. 397, en especial al decir que: "...existe un medio de salvar el obstáculo al poder de sustitución que supone el hacer material: el que resulta de la combinación de la aplicación de la LEC y de la obligación de la colaboración de los arts. 118 CE y 17.1 LOPJ. Tal vez el TC hubiese podido prescindir de la primera, puesto que posiblemente la invocación de estos dos preceptos baste para exigir la colaboración -sustitutiva- de otras personas públicas o privadas. Sin embargo, la mención de la LEC no es inútil, porque así se les indica a los órganos judiciales una técnica de rango legal prevista en la propia LJCA, y porque con ello se enfatiza que la colaboración puede tener naturaleza sustitutiva. Sea ello como fuere, tanto la cláusula del art. 924 LEC como el deber u obligación de colaboración de los arts. 118 CE y 17.1 LOPJ permiten que terceras personas -en especial "todos los poderes del Estado, en su sentido integral"- se subroguen, por orden del juez, en el cumplimiento de la sentencia. Esta jurisprudencia (refiriéndose a la STC 67/84) salva, por lo menos en hipótesis, el obstáculo que para los órganos judiciales supone el hacer material ...". (El entreparéntesis no pertenece al original).

b) Adoptar las medidas necesarias para que el fallo adquiriera la eficacia que, en su caso, sería inherente al acto omitido, entre las que se incluye la ejecución subsidiaria con cargo a la Administración condenada."

Estamos pues, ante una posición de difícil puesta en práctica y difícil para aunar criterios entre nuestros jueces, además de que aunamos otros problemas a los jueces para que sean terceros quienes ejecuten actividades que les corresponde a la Administración, tales como la determinación de quienes los realizarán, con qué criterios se escogerían esos terceros, a quien sería imputable la responsabilidad en caso de un mal ejercicio, graves cuestionantes que no ignoramos, sin embargo, queda planteada la necesidad de que los Jueces y Tribunales sean más directos en su intervención ejecutiva, claro está, dentro de los límites que el mismo ordenamiento otorga (límites que hemos podido observar en el presente análisis, son más amplios de lo que en la realidad jurídica pareciera darse), impidiendo así que la Administración pueda vulnerar flagrantemente los derechos de los particulares y estos se vean imposibilitados de ejercitar sus derechos, ya que quienes hacen aplicación del sistema legal, lo hacen en consideración de una serie de tópicos que en definitiva no son acordes con una tutela judicial efectiva demandada por el legislador.

III. LA EJECUCIÓN DE SENTENCIAS Y SU RELACIÓN CON EL PRINCIPIO DE SEPARACIÓN DE PODERES.

La inejecución de las resoluciones judiciales como una forma de vulnerar los derechos ciudadanos, ha sido justificada en muchos casos por uno de los tradicionales privilegios de la Administración Pública derivado del Principio de la Separación de Poderes,⁵⁷⁶ mediante el cual, a los órganos jurisdiccionales sólo les restaba hacer pronunciamientos declarativos y la ejecución se limitaba a indicarle a la Administración el derecho que estaba siendo infringido. Agregado lo dicho, al sustento esgrimido por la Administración, que la materia de ejecución de sentencias y resoluciones judiciales correspondía única y exclusivamente al órgano que hubiere dictado el acto o la disposición objeto del recurso en el caso de tratarse de actos administrativos debidamente emitidos (omitiéndose toda referencia a aquellos casos de inactividad material, porque la misma ni siquiera había sido contemplada en la normativa como forma de vulneración de derechos de los administrados).⁵⁷⁷ Así, el alegado Principio de la Separación de Poderes ha

⁵⁷⁶ Teoría que ha sido reelaborada por varios autores, pudiéndose mencionar aquí doctrinistas de la talla de **DUGUIT, CARRÉ DE MALBERG, JÈZE O POSADA, KELSEN Y MERKL**, citados por **BELTRÁN DE FELIPE, Miguel**, *El poder de sustitución en la ejecución de las sentencias condenatorias de la Administración*, op. cit., p. 147.

⁵⁷⁷ Véase **GÓMEZ PUENTE, Marcos**, *La inactividad de la Administración*, op. cit., p. 714, donde manifiesta que: "...conforme al Art. 103 LJ, la ejecución de las sentencias correspondía al órgano que hubiere dictado el acto o la disposición objeto del recurso, si bien se reconocían al juez poderes de impulso e intimidación (art. 110 LJ), se preveía incluso la responsabilidad, personal y directa, civil y criminal del agente administrativo causante del incumplimiento (art. 105.6 LJ) y se exigía la publicación anual en el Boletín Oficial del Estado de una relación de las sentencias inejecutadas (art. 112 LJ). Si a estas medidas, de por sí poco eficaces y escasamente puestas en práctica, se suma la posibilidad de suspender o inejecutar las sentencias en concurrencia de determinadas circunstancias (arts. 105 ss. LJ), puede concluirse que el panorama de cumplimiento de las sentencias era bastante desalentador. Una situación así, por otra parte, resultaba difícilmente compatible con el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, con el principio de control jurisdiccional plenario de la actividad administrativa y con el principio de unidad de la función jurisdiccional, todos ellos previstos en la Constitución."

sido siempre t3pico para evitar que exista un verdadero poder de sustituci3n y de control jurisdiccional a la actividad (inactividad) de la Administraci3n P3blica.

Partiendo de la superada noci3n francesa de la divisi3n de poderes,⁵⁷⁸ el resultado actual es una separaci3n de las **funciones** de cada poder,⁵⁷⁹ por lo que, en modo alguno podr3amos justificar que si el Ejecutivo (Administraci3n P3blica) no ejerce debidamente sus cometidos, los jueces y Tribunales se vean imposibilitados a declarar y ejecutar efectivamente sus condenas, quedando violentada la garant3a constitucional citada.⁵⁸⁰

⁵⁷⁸ Cfr. **GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo**, *La lucha contra las inmunidades del Poder*, Cuadernos Civitas, Edit. Civitas, tercera edici3n, reimpresi3n, 1989, p. 13.

⁵⁷⁹ Entre otros autores que han seÑalado la existencia de separaci3n de funciones m3s que de poderes, puede verse lo dicho por **GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús**, *Manual de Derecho Procesal Administrativo*, op. cit., p. 121, en especial al decir que: "El Estado tendr3 que valerse de 3rganos para realizar cualquiera de sus funciones. Legisla, juzga o administra, el Estado tendr3 que hacerlo por medio de sus 3rganos. De este modo, surge una clasificaci3n de los 3rganos en legislativos, administrativos y jurisdiccionales, cuyo fundamento radica en la diferente funci3n estatal a ellos encomendada. No puede acudir al criterio puramente formal del puesto que ocupa en la estructura del Estado, sino a la funci3n que les ha sido encomendada." Por otra parte y en concordancia con esta misma l3nea conceptual, la Constituci3n EspaÑola emplea la terminolog3a: "funci3n"; as3: funci3n ejecutiva (Art. 97 C.E.), funci3n jurisdiccional (Art. 117.3 C.E.) y potestad legislativa (Art. 66.2 C.E.). Ver tambi3n **MARIENHOFF, Miguel**, *Tratado de Derecho Administrativo*, T. I, primera edici3n, Edit. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1970, p. 37, para quien el poder del Estado es 3nico y las funciones son m3ltiples, seÑala que cada uno de los 3rganos que cada uno de los 3rganos esenciales - legislativo, ejecutivo y judicial-, aparte de sus propias funciones espec3ficas, ejerce o realiza otras de la misma naturaleza que aquellas que caracterizan a los dem3s 3rganos. El Congreso legisla, juzga y ejecuta, pero tambi3n legisla y juzga a su manera. Igual cosa ocurre con el 3rgano judicial: juzga, sin perjuicio de realizar actos de naturaleza legislativa, y otros donde act3a ejecutivamente o como administrador. De modo que la funci3n administrativa no est3 circunscrita a uno solo de los expresados 3rganos: si por principio constituye la funci3n espec3fica del Ejecutivo, es en cambio compartida por los 3rganos legislativo y judicial. Para **MUÑOZ MACHADO**, "La reserva de jurisdicci3n y el problema del control jurisdiccional de la Administraci3n", op. cit., pp. 2741 y ss. de lo que se trata es de un "n3cleo funcional" reservado a cada poder.

⁵⁸⁰ Cfr. **BORRAJO INIESTA, Ignacio**, "Las facultades de los Tribunales para ejecutar sentencias contra las Administraciones P3blicas (Auto del Tribunal Supremo 13 de marzo 1986, Alcalde de Villanueva de Arosa)", op. cit., p. 86, para quien ninguna medida de ejecuci3n que tenga por fin el cumplimiento del fallo puede vulnerar el principio de separaci3n de poderes.

Si bien cada poder del Estado tiene funciones específicas para la consecución de las garantías constitucionales, estas se interrelacionan entre sí y en forma alguna podrían concebirse del todo separadas unas de otras en términos absolutos.⁵⁸¹

La efectividad misma del Estado moderno demanda una conceptualización vanguardista del principio; no se trata de atentar contra el sistema, sino por el contrario, dar integridad a los principios constitucionales y hacer que tanto estos, como las normas -que legal o reglamentariamente se emitan-, vengan a ser satisfactorios del libre goce y ejercicio de los derechos e intereses ciudadanos.⁵⁸²

⁵⁸¹ Posición contraria la encontramos en **POSADA HERRERA**, *Lecciones de Administración*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, segunda edición, 1988, p. 94, quien establecía que, siendo dos autoridades independientes, no podrá el poder judicial mezclarse a invalidar las decisiones del poder administrativo. Situación que a nuestro criterio, la intervención del poder judicial lo es en el tanto de control de la legalidad administrativa y por ello estaría justificado si la intervención opera para rectificar las ilegalidades de los órganos administrativos. Amén de la consideración de que en nuestro objeto de estudio, no se trata de "invalidar", ya que esto supone "acción", sino por el contrario hacer que la Administración Pública actúe cuando le corresponda hacerlo.

⁵⁸² Resulta interesante la dura crítica que hace el profesor **NIETO GARCÍA, Alejandro**, *"La inactividad material de la Administración: veinticinco años después"*, op. cit., p. 27, a la rigurosidad con la que se perpetúan los dogmas (dentro de los cuales incluimos las viejas posturas sobre el principio de la separación de poderes) y que no permiten en muchas ocasiones preguntarse hasta qué punto resultan de recibo. Para el citado autor los dogmas "son categorías jurídicas que con el transcurso del tiempo adquieren la calidad de mitos, es decir, que se sacralizan y justifican por sí mismos, de tal manera que (...) resisten impávidos cualquier crítica racional que se atreva a preguntar por su funcionalidad." También lo explica profusamente **PAREJO ALFONSO, Luciano** y desde el título de su obra lo tomamos a préstamo para demostrar lo que significa simplificar el principio de la separación a sus justos términos: *Administrar y juzgar: dos funciones jurisdiccionales distintas y complementarias*, Véase la obra con ése mismo nombre, Edit. Tecnos, Madrid, 1993. En una línea integrista de los tres poderes, véase **MOZO SEOANE, Antonio**, en *La discrecionalidad de la Administración Pública en España* (análisis jurisprudencial, legislativo y doctrinal, 1894-1983), Edit. Montecorvo S.A., Madrid, 1985, p. 49, para quien "la cuestión gira en torno al grado de mayor o menor libertad con que es dado actuar a los órganos investidos de poder público para satisfacer los intereses generales, para conseguir en definitiva, el bien común."

Por tanto, la no intervención plena del órgano judicial estará justificada en los márgenes de legalidad con la que actúe la Administración (margen también de discrecionalidad que se analizará seguido), concluyendo que si la inactividad material es sinónimo de ilegalidad, no cabría hablar de interferencia al principio de la separación de funciones si el órgano jurisdiccional "juzga y hacer ejecutar lo juzgado".

Llegados a este punto, se nos plantea otra de las razones que se esgrimen para cuestionar los poderes de sustitución del juez y es la **discrecionalidad** con la que puede actuar la Administración, así como hasta donde debe interferir el órgano judicial en las decisiones con carácter discrecional que toma la Administración. Cuestionantes que trataremos de aclarar en el siguiente punto de análisis.

IV. PUEDE LA DISCRECIONALIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN, IMPEDIR LA SUSTITUCIÓN POR PARTE DEL JUEZ?

Siendo la discrecionalidad una potestad ejercida por la Administración para actuar según criterios de conveniencia y oportunidad, ¿Cómo puede el Juez o Tribunal declarar la obligación y el deber de la Administración y llegar hasta ejecutar materialmente una sentencia?

Si la Administración Pública tiene claridad en la señalización de sus deberes y no los ejercita sin justificación, motivación y razonamiento alguno,

somos partícipes de que esa potestad deba ser sustituida por quien tenga la "función" de juzgar y hacer "ejecutar" lo juzgado. La discrecionalidad no puede autorizar a la Administración a no actuar ante un deber u obligación expresa, solamente le permite "el cómo" debe de actuar.⁵⁸³ Así, poder discrecional no significa poder arbitrario.⁵⁸⁴

Por otra parte, se ha alegado que la sustitución del juez deviene en ilegal al anular decisiones administrativas; sin embargo, si analizamos detenidamente dicho argumento, notaremos que podría llevar razón si la "voluntad", la "decisión" de la Administración ya se ha manifestado de alguna forma, pero tratándose de casos de inactividad material, lo que haría el Juez es primeramente indicarle o "recordarle" a la Administración su deber de actuar en

⁵⁸³ Véase **BLASCO ESTEVE, Avelino**, *La responsabilidad de la Administración por actos administrativos*, segunda edición, Edit. Civitas, 1985, p. 128, indica la potestad de la Administración para "organizar" libremente los servicios públicos, es lo que él llama: un "poder conformador", en consecuencia, no niega la existencia de una potestad discrecional de la Administración Pública, pero es categórico, al decir que esta debe estar acorde con el ordenamiento sin causar daño al administrado. En lógica consecuencia, agregamos a lo dicho, que en la inactividad material y la no materialización final por parte de la Administración de los resultados queridos por el ordenamiento y demandados por los administrados, se daña a estos últimos. Cfr. **PAREJO ALFONSO, Luciano**, *Estado Social y Administración Pública. Los postulados constitucionales de la reforma administrativa*, op. cit., p. 313, al expresar que la Administración no es libre para proceder o no a la ejecución, quedando en todo vinculada al fallo judicial, aunque en su cumplimiento goce de un cierto margen de apreciación sobre el "cómo" del mismo. Refuerza lo anterior, lo expresado por **BELTRÁN DE FELIPE, Miguel**, *El poder de sustitución en la ejecución de las sentencias condenatorias de la administración*, op. cit., p. 290, remitiendo a la doctrina italiana: "El argumento de la doctrina italiana es concluyente. Cuando un sujeto está obligado a actuar no es posible afirmar que se encuentra en una situación de discrecionalidad. De modo que ello bastaría para sostener que en sede ejecutiva (en la actividad de cumplimiento de una sentencia) no existe discrecionalidad. O lo que es lo mismo, la posición constitucionalmente protegida de la Administración -la discrecionalidad- no incluye la posibilidad legal de incumplir una sentencia (salvo la expropiación de los derechos en ella reconocidos; Art. 18.2 LOPJ). Y al no existir discrecionalidad, la actividad es sustituible." Ver además lo dicho en el capítulo I del presente trabajo lo dicho sobre la necesaria "lesión" a los derechos e intereses legítimos de los particulares, p. 17.

⁵⁸⁴ **CASADO CASADO, Lucía**, "El control de la discrecionalidad Administrativa en el Derecho Comunitario Europeo", op. cit., p. 123. En la doctrina extranjera, véase **MÉGRET**, *Le droit de la Communauté Économique Européenne*, vol. 10, tomo I, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1983, p. 150, citado por **CASADO CASADO, Lucía**, *Ibidem*, p. 123.

el sentido que dicta la norma jurídica, acto, contrato o convenio, y posteriormente en su defecto, ejecutar por sí o por intermedio de un tercero la resolución judicial (dentro de los límites esbozados anteriormente), con el único fin de que el derecho del administrado perjudicado quede satisfecho en sus justos términos.

De este modo, la discrecionalidad se viene planteando en España desde la base de los elementos que conforman un acto, no desde el acto visto como un todo, por ello no está categorizada ni aceptada una exclusión de control jurisdiccional sobre actuaciones, que si bien se conciben en algunos de sus elementos como discrecionales, no así en la justificación de su incumplimiento, incluida la ejecución plena de las sentencias y resoluciones judiciales.⁵⁸⁵

Por ello, al hablar de discrecionalidad que pudiera en alguna forma autorizar la **no actuación** por parte de la Administración, tendríamos que decir que únicamente se justificaría, en aquellos casos que expresamente el

⁵⁸⁵ Posición que resulta clara de la exposición de motivos de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa de 27 de diciembre de 1956, parte IV, punto 3, párrafos 6, 7 y 8, al señalar que: "Al relacionar los actos excluidos de fiscalización contencioso-administrativa la Ley no menciona los actos discrecionales. La razón estriba en que, como la misma jurisprudencia ha proclamado, la discrecionalidad no puede referirse a la totalidad de los elementos de un acto, a un acto en bloque, ni tiene su origen en la inexistencia de normas aplicables al supuesto de hecho, ni es un "prius" respecto de la cuestión de fondo de la legitimidad o ilegitimidad del acto. La discrecionalidad, por el contrario, ha de referirse siempre a alguno o algunos de los elementos del acto, con lo que es evidente la admisibilidad de la impugnación jurisdiccional en cuanto a los demás elementos; la determinación de su existencia está vinculada al examen de la cuestión de fondo, de tal modo que únicamente al juzgar acerca de la legitimidad del acto cabe concluir sobre su discrecionalidad; y, en fin, ésta surge cuando el Ordenamiento jurídico atribuye a algún órgano competencia para apreciar, en un supuesto dado, lo que sea de interés público. La discrecionalidad, en suma, justifica la improcedencia, no la inadmisibilidad, de las pretensiones de anulación; y aquélla no en tanto el acto es discrecional, sino en cuanto, por delegar el Ordenamiento jurídico en la Administración la configuración según el interés público del elemento del acto de que se trata y haber actuado el órgano con arreglo a derecho, el acto impugnado es legítimo."

ordenamiento así lo disponga, porque sólo el ordenamiento positivo puede legitimar el ejercicio de una potestad de contenido discrecional, enlazando de esta forma el concepto, con el principio de legalidad de la Administración.

La discrecionalidad administrativa -se dice- no puede ya escapar a la exigencia de normatividad previa de toda actuación administrativa, no hay poder discrecional sino en virtud de norma jurídica que la otorgue.⁵⁸⁶

Y no se trata de "anular decisiones" administrativas, porque el silencio, la no actuación, no es una "decisión", lo sería en tanto exista un razonamiento que justifique la inacción, o bien en este caso la falta de llevar a la práctica el derecho afectado por quien tiene el deber jurídico de hacerlo. No se trata pues, de querer someter "absolutamente toda" la actividad administrativa al control judicial, ni tampoco «meter en un mismo saco» todos los actos discrecionales, sino más bien racionalizar de tal forma el control de la inactividad de la Administración, pudiendo ser controlada en sus justos términos, partiendo de que ésta es por antonomasia: antijurídica e ilegal.⁵⁸⁷

⁵⁸⁶ **MOZO SEOANE, Antonio**, *La discrecionalidad de la Administración Pública en España* (Análisis jurisprudencial, legislativo y doctrinal, 1894-1983), *op. cit.*, p. 53.

⁵⁸⁷ Cfr. **DEL SAZ, Silvia**, "Desarrollo y crisis del Derecho Administrativo. Su reserva constitucional", en: Nuevas perspectivas del Derecho Administrativo. Tres estudios. UNED, Edit. Civitas, Madrid, 1992, p. 163, en donde sostiene que la doctrina más bien trata de aumentar los actos administrativos excluidos del control. En este sentido reconocemos que hay actuaciones que ameritan una valoración política y de oportunidad (pero no en su totalidad, siguiendo la línea de que la discrecionalidad está referida a elementos del acto y no a la totalidad del acto), casos en los que los Tribunales no serían los competentes para su valoración justa y precisa, pero ello dista mucho de lo que es la inactividad administrativa, así como la falta de motivación, argumentación y justificación ante la inactividad material que se produce cuando la Administración Pública no materializa una resolución judicial. Véase además: **SÁNCHEZ MORÓN, Miguel**, *El control de las Administraciones Públicas*, *op. cit.*, pp. 66, 120 y ss. Del mismo autor: "Siete tesis sobre el control judicial de la discrecionalidad administrativa", *op. cit.*, p. 146. En la actualidad, cada vez se ve con mayor rigurosidad el control que de TODA la actividad pública se quiere hacer, véase lo que al respecto señala y dispone el proyecto de ley

Por ello, somos partícipes de la idea de una mayor rigurosidad en el control e intervención del órgano jurisdiccional (aunque no de una manera completamente "plena" en consideración a los límites y naturaleza propia de las funciones de dicho órgano), admitiendo que, y como lo señala FERNÁNDEZ FARRERES, ya no hay decisiones administrativas infiscalizables por naturaleza, sino que la decisión discrecional, al deber ser la más justa, la mejor solución entre las posibles adecuadas al interés público, es susceptible siempre y en todo caso -ciertamente a nivel teórico, lo cual, sin embargo, no deja de ser verdaderamente relevante- de fiscalización y control por el juez. La decisión discrecional es, al fin y al cabo, una decisión jurídica, ya que debe ser la más adecuada al interés público deducido del ordenamiento jurídico; no es la potestad de elegir libremente entre varias alternativas todas ellas admisibles y conformes a derecho sin más, una potestad para apreciar lo que se quiera o lo que se crea oportuno -aunque no se caiga en la arbitrariedad-, sino una

reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa, de 18 de junio de 1997, que en su exposición de motivos y en lo conducente, expresa: "La Ley parte del principio de sometimiento pleno de los poderes públicos al ordenamiento jurídico, verdadera cláusula regia del Estado de Derecho. Semejante principio es incompatible con el reconocimiento de cualquier categoría genérica de actos de autoridad -llámense actos políticos, de Gobierno, o de dirección política- excluida "per se" del control jurisdiccional. Sería ciertamente un contrasentido que una Ley que pretende adecuar el régimen legal de la Jurisdicción Contencioso-administrativa a la letra y al espíritu de la Constitución, llevase a cabo la introducción de toda una esfera de actuación gubernamental inmune (...) la Ley señala -en términos positivos- una serie de aspectos sobre los que en todo caso siempre será posible el control judicial, por amplia que sea la discrecionalidad de la resolución gubernamental: los derechos fundamentales, los elementos reglados del acto, y la determinación de las indemnizaciones procedentes." Y es que como advierte **CHINCHILLA MARÍN, Carmen**, *La desviación de poder*, op. cit., p. 149: "En una sociedad en la que la Administración es cada día más interventora, porque así lo exige la cláusula del Estado social, y en la que, por tanto, la esfera de lo privado se ve cada vez más afectada por sus decisiones, no se puede sostener *a priori* que hay actos que la Administración emana con independencia de la ley y de los jueces. El control jurisdiccional debe seguir siendo la mayor garantía del principio de legalidad en el Estado de Derecho, ya que estamos muy lejos de poder compensar sus deficiencias con reglas de organización y procedimiento, como proponen algunos autores, aunque, por supuesto, éstas sean igualmente necesarias."

potestad para permitir la elección de la solución más adecuada al caso concreto, teniendo bien presente que también otras soluciones pueden *a priori* ser posibles.⁵⁸⁸

En definitiva, ante la existencia de un deber jurídico y una resolución judicial que lo reconozca, la Administración no será acreedora de decidir si ejecuta o no la decisión jurisdiccional, porque la obligación está dada. Valga hacer el señalamiento de que el Proyecto de Ley en materia de sustitución de la determinación del contenido de los actos administrativos de tipo discrecional, así como de las disposiciones generales, es tajante en apuntar la prohibición expresa de que los Jueces y Tribunales puedan hacerlo, únicamente podrán anularlos.⁵⁸⁹

⁵⁸⁸ **FERNÁNDEZ FARRERES, Germán**, *La subvención: concepto y régimen jurídico*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1983, pp. 578, 580 y 642. Coincide en cierto sentido **CHINCHILLA MARÍN, Carmen**, *La desviación de poder*, *op. cit.*, p. 155, diciendo que: "...todo acto administrativo está sujeto al control de los Tribunales, y que no existe, por tanto, ninguna esfera de la actividad administrativa que, por su naturaleza, sea infiscalizable. En consecuencia, el control judicial de la legalidad administrativa es un control pleno, es decir, de la legalidad formal y material, y de la adecuación a los fines que justifican el ejercicio de las potestades." Para **DELGADO BARRIOS, Javier**, "Reflexiones sobre el Art. 106.1 Constitución Española", Libro Homenaje a Eduardo García de Enterría, *op. cit.*, p. 2320, "es claro que la discrecionalidad implica una libertad para elegir entre dos soluciones igualmente justas, es decir, jurídicamente indiferentes".

⁵⁸⁹ Límite que parecen poner de manifiesto autores como: **BORRAJO INIESTA, Ignacio**, "Las facultades de los Tribunales para ejecutar sentencias contra las Administraciones públicas" (Auto del Tribunal Supremo 13 de marzo 1986, Alcalde de Villanueva de Arosa), *op. cit.*, pp. 83 y 84, refiriéndose al "hacer personalísimo". En este sentido expresa: "Cuando sólo la Administración puede llevar a efecto una ejecutoria, porque la actuación que impone ésta sólo queda al alcance de los medios personales, financieros, técnicos o legales del ente público, no puede ejercitarse claramente la potestad ejecutiva en su vertiente sustitutoria. Posibilidad que obligará a plantearse a los Tribunales y a los autores cuando se dan realmente las circunstancias que perfilan un hacer personalísimo, y qué medidas ejecutivas han de ser adoptadas en tal caso (...) Nunca sería posible entender como hacer personalísimo de la Administración el que es debido, no a un margen jurídico en su actuación brindado por una potestad discrecional, sino a factores materiales: que sólo el ente público condenado disponga de la capacidad técnica, de los medios financieros, de los agentes o, incluso, de la autoridad jurídica necesaria para llevar a cabo las actuaciones necesarias para llevar a debido efecto la sentencia. Porque en este caso nos movemos en un plano de ejecución puramente material de la sentencia, donde no cabe resquicio alguno al deber de cumplimiento y cooperación que impone el texto constitucional."

Reproduzco en cualquier caso, el precepto que ilustra la cuestión:

"Artículo 71.2: Los órganos jurisdiccionales no podrán determinar la forma en que han de quedar redactados los preceptos de una disposición general en sustitución de los que anulen ni podrán determinar el contenido discrecional de los actos anulados."

Puede observarse además, con respecto a la propuesta efectuada en el año 1997, que esta norma eliminó la posibilidad de que aún tratándose de actos de contenido discrecional pudiera el órgano jurisdiccional determinar su contenido si como consecuencia de la anulación sólo fuera posible una única solución y existiese base para ello en los autos, lo que viene a limitar en mayor medida la posibilidad de que el juez o Tribunal coadyuven con el administrado a vencer este tipo de inactividad administrativa.

Señalaba el artículo 69.2 del Proyecto de 1997:

*"No podrán los Jueces y Tribunales determinar la forma en que han de quedar redactados los preceptos de una disposición general en sustitución de los que anulen. Tampoco podrán determinar el contenido discrecional de los actos anulados, **salvo que, como consecuencia de la anulación, sólo sea posible una única solución y exista base para ello en los autos.**" (El destacado no pertenece al original)*

-Inexistencia de la discrecionalidad en el establecimiento de Servicios Públicos ante norma expresa.

En materia de servicios públicos, la instauración viene determinada generalmente en virtud de la Ley, en este orden, la discrecionalidad con la que puede operar el órgano administrativo se encontrará circunscrita a la determinación de los modos de prestación. En casos como estos, lo que se da es una merma en la discrecionalidad administrativa,⁵⁹⁰ inexistencia de discrecionalidad de iniciativa.⁵⁹¹

En concreto, de conformidad con el artículo 18 de la Ley de Bases de Régimen Local, se encuentran definidas algunas de las prestaciones de servicios públicos que debe brindar el Estado, quedándole solamente a la Administración el establecimiento de "cómo" los brinda.⁵⁹² Verbigracia: recogida de basura. En este caso la Administración Pública puede definir las horas en que se va a prestar el servicio, o puede definir las rutas, o bien establecer clases de recogida por materiales -vidrio, desechos orgánicos, latas, etc.-, es decir, puede, bajo un criterio de **discrecionalidad técnica** establecer los modos de la prestación, pero en modo alguno, podrá bajo ningún criterio -

⁵⁹⁰ **BELTRÁN DE FELIPE, Miguel**, *El poder de sustitución en la ejecución de las sentencias condenatorias de la administración*, op. cit., pp. 287 y ss.

⁵⁹¹ Véase **SÁNCHEZ MORÓN, Miguel**, *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, op. cit., pp. 126-127.

⁵⁹² Como indica **HAURIOU**, *Précis de droit administratif et de droit public français*, Sirey, Paris, 10a edición, 1921, p. 346, citado por **BELTRÁN DE FELIPE, Miguel**, *El poder de sustitución en la ejecución de las sentencias condenatorias de la administración*, op. cit., p. 287, "La discusión aquí no sería si ante una posibilidad de actuación otorgada por el mismo ordenamiento pueda o no actuar, o el cómo actuar, el problema está en que si el ordenamiento dicta que debe hacerlo, no le queda más remedio que hacerlo, ahora, el cómo, ya sería para mí lo discrecional."

legal por lo menos-, decidir de un momento a otro que no presta el servicio y mucho menos si no media una razón debidamente justificada, como podría ser en última instancia por ejemplo, una huelga de los trabajadores municipales.⁵⁹³

Es claro que la Administración tendrá la facultad de organizar los servicios como mejor le parezca en razón primera del cumplimiento de la norma, respetando en todo caso los mínimos de calidad que requieren los mismos.

Quedan a salvo situaciones en las que por la índole y naturaleza de las prestaciones, a la Administración le queda la facultad de decidir si actúa o no bajo criterios de orden e interés público como podrían ser aquellas en las que decida si da o no una subvención, si otorga o no una beca de estudios, si embellece o no una carretera, si crea o no una reserva demanial, etc.⁵⁹⁴

⁵⁹³ Tema éste de las Huelgas en los servicios públicos que ha sido analizado con la amplitud requerida, por **GÓMEZ PUENTE, Marcos**, *La inactividad de la Administración*, op. cit., pp. 737 y ss.

⁵⁹⁴ La noción con la que se maneja el concepto de interés público, debe ser efectuada en sus justos términos y alcances, mediante la cual se comprende la discrecionalidad administrativa (contemplativa en específico de la discrecionalidad técnica), no como libertad de apreciación y decisión de la Administración por razones de oportunidad o, en general, por razones extrajurídicas entre una pluralidad de soluciones posibles, sino como *deber* de apreciar y valorar ante cada situación concreta y específica, la *solución más adecuada y conforme al interés público* y, en consecuencia, al ordenamiento jurídico. La valoración de lo más conveniente al interés público en cada supuesto concreto, no puede ser resultado exclusivo de un criterio político de decisión, sino, precisamente, fruto de un criterio jurídico. La potestad discrecional no se atribuye para decidir libremente entre una pluralidad de soluciones posibles y justas, sino para permitir a la Administración la elección de la más adecuada, la mejor de las soluciones posibles. Véase a **FERNÁNDEZ FARRERES, Germán**, *La subvención, concepto y régimen jurídico*, op. cit., pp. 641-642. Para **MARTÍNEZ-VARES GARCÍA, Santiago**, "Eficacia, Discrecionalidad y conceptos jurídicos indeterminados", Cuadernos de Derecho Judicial (Eficacia, discrecionalidad y control judicial en el ámbito administrativo), Consejo General del Poder Judicial, op. cit., p. 84, "no hay, pues, discrecionalidad al margen de la ley sino justamente sólo en virtud de la ley y en la medida en que la ley lo dispone". También **SAINZ MORENO, Fernando**, *Conceptos Jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Monografías Civitas, Edit. Civitas, 1976 y citado por **MARTÍNEZ-VARES GARCÍA, Santiago**, *Ibidem*, p. 108, el que señala que: "la discrecionalidad se justificará únicamente en presunción

También a esta facultad se le llama "discrecionalidad técnica", en relación a esto, no compartimos el criterio esbozado por CHINCHILLA MARÍN⁵⁹⁵ en el sentido de que para ella, incluso en este tipo de discrecionalidad, es posible la intervención y control judicial, justificándola en tanto por su naturaleza es tendencialmente expresa de reglas objetivas válidas; sin embargo y según nuestra opinión, bajo criterios del conocimiento, de la especialización, de los medios, de los métodos e instrumentos, tanto jurídicos como materiales con que en muchas ocasiones ejercita su actividad la Administración Pública, los Tribunales no están en la capacidad de decidir cómo se realizarán las prestaciones por parte de los entes administrativos, a menos que esta actividad esté expresamente reglada (establecidos los mencionados estándares de actuación). Piénsese por ejemplo, en la demanda de una comunidad de vecinos alegando que tienen derecho a la señalización de una carretera, aquí el juez no tendría los conocimientos necesarios para indicarle a la Administración, qué dimensiones, qué leyendas, y el lugar en la carretera en que se deben poner las señales, lo que sí estamos de acuerdo es que el órgano jurisdiccional pueda hacer **exigencia** -por todos los medios aplicables, coactivos si fuere necesario-, del deber de atender al derecho que le asiste a los administrados.⁵⁹⁶

de razonabilidad con que la Administración la ha utilizado, por su contacto directo con los hechos, por sus medios técnicos, por todos los aspectos y valores que ha tenido que integrar para adoptar la decisión."

⁵⁹⁵ CHINCHILLA MARÍN, Carmen, *La desviación de poder*, op. cit., p. 152.

⁵⁹⁶ A manera de solución y discutible aún, habría que analizar si esta actividad en virtud de la inercia administrativa la puede realizar un tercero con los conocimientos debidos y bajo el cargo económico del erario público, claro está. En defecto de ello, si la Administración se siguiera negando aún ante la resolución judicial, el relativo remedio estaría dado mediante precisiones directas y personales de responsabilidades patrimoniales imputables a los funcionarios públicos, tal y como se hace expresamente en el Derecho Contencioso-Administrativo Costarricense, al definirse por ley la responsabilidad civil y penal ante la inejecución de las

Finalmente, otro de los problemas con los que se encuentran nuestros Jueces y Tribunales a la hora de enfrentarse a casos de inactividad material administrativa, es que en muchos de los casos la normativa (tanto legal como reglamentaria) que estatuye el establecimiento de servicios públicos, no clarifica los estándares mínimos de actuación tanto de calidad como de seguridad, es decir, no establece la forma de la prestación del servicio a dar. A pesar de ello, esta situación no puede ser óbice para que la Administración deje indefenso a un administrado y no exista un verdadero control jurisdiccional sobre la inactividad material, haciendo nugatorios los derechos que la misma Constitución protege.

Entonces, en aquellos casos en donde la actividad está debidamente reglada o con definidos estándares mínimos de actuación, la discrecionalidad no puede ser alegada como escudo que oculte la negligencia y la desidia administrativas. Igual posición se debe adoptar cuando nos encontremos frente a la obligación administrativa de cumplir un fallo o resolución judicial, en virtud de que configurándose el incumplimiento de las sentencias, la discrecionalidad

sentencias (Art. 81.1 y 5 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de Costa Rica, N° 3667 y en materia de amparo constitucional dentro de la cual se incluyen las omisiones administrativas, Véase el Art. 53 y 54 de la Ley de la Jurisdicción Constitucional de Costa Rica, N° 7135). En parte de las conclusiones dadas en el Seminario sobre la Reforma de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, celebrado por la Universidad Internacional Menéndez Pelayo y dirigido por los profesores Eduardo García de Enterría, Tomás Ramón Fernández, Luis Martín Rebollo y Raúl Bocanegra Sierra, del 9 al 13 de septiembre de 1996, se dijo que se consideraba esencial que se incrementaran los poderes del Tribunal en la ejecución de Sentencias, de modo que se incluya, en su caso, la posibilidad de ejecución por comisario y la adopción de medidas provisionales (conclusión número 18).

desaparece y entonces queda expedita la intervención de los órganos jurisdiccionales de "hacer ejecutar lo juzgado".

V. LA EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS EN EL PROYECTO DE LEY DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA.

Antes de entrar al análisis de la propuesta que en materia de ejecución de sentencias contiene el proyecto citado, se hace necesario reseñar lo que hasta el momento ha sido la legislación vigente, con el fin de determinar con mayor claridad las bondades y mejoras que se plantean, sin detrimento de lo que hasta ahora se ha expuesto sobre el tema.

La Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa actual, partiendo de la inexistencia de una postura que tome en consideración otras formas de ilegalidad más que la de los actos administrativos, queda vacía de una referencia clara y específica a casos de inactividad en el cumplimiento de las resoluciones judiciales, de allí que los esfuerzos para incrementar las garantías de ejecución de sentencias, hayan sido plasmados en el último proyecto de la ley citado considerándose además en la exposición de motivos que se hace del mismo, como una de las zonas grises de nuestro sistema contencioso-administrativo. Como expresa FENOR DE LA MAZA y en relación al vacío normativo, "ahora bien, en la legislación vigente no se contempla una auténtica «ejecución forzosa» de la Administración hasta el punto de una sustitución jurisdiccional de la inactividad de la Administración, no siendo

trasladables al proceso contencioso-administrativo los esquemas de la «ejecución forzosa» en el proceso civil, siquiera adaptados a una ejecución de la Administración.⁵⁹⁷

Ya ha quedado claro la necesidad de que las Administraciones Públicas ejerzan con efectividad su obligación de realizar los actos y disposiciones que demande el juez, máxime si estamos en presencia de incumplimientos y omisiones a los deberes de la Administración Pública. Es claro también, que a raíz de la promulgación de la Constitución de 1978, una de las vertientes de garantía de los ciudadanos es la ejecución de las sentencias directamente aplicables y plenamente vinculantes,⁵⁹⁸ siendo que forma parte de un derecho fundamental a una tutela judicial efectiva.

Sin entrar aquí al cuestionamiento en relación al análisis doctrinal que ha suscitado la promulgación de la Constitución en lo referente al alcance jurisdiccional de: "juzgar y hacer ejecutar lo juzgado", así como en relación con el artículo 103 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de si ésta ha quedado derogada o no con dicha promulgación (según ya hemos comentado sucintamente),⁵⁹⁹ valga indicar solamente que la exclusividad con

⁵⁹⁷ **FENOR DE LA MAZA Y CORNIDE-QUIROGA, Ángel**, *Nuevas perspectivas en el proceso contencioso-administrativo. Las medidas cautelares*, op. cit., pp. 245-246.

⁵⁹⁸ Cfr. **GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo**, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Edit. Civitas, Madrid, 1981.

⁵⁹⁹ Puede verse **BELTRÁN DE FELIPE, Miguel**, *El poder de sustitución en la ejecución de las sentencias condenatorias de la administración*, op. cit., p. 201, en donde refiere además entre otros a **GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo**, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, op. cit., p. 81. **BASSOLS COMA, Martín**, "La ejecución de sentencias condenatorias de la Administración pública en jurisdicciones distintas a la contencioso-administrativa", op. cit., p. 74. **MOVILLA**, "Sistema político y jurisdicción contencioso-administrativa", en VV. AA., *División de poderes e interpretación. Hacia una teoría de la praxis*

la que actuaban los órganos de gobierno, emanaba de la literalidad del artículo 103 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, el cual expresa que:

"La ejecución de las sentencias corresponderá al órgano que hubiere dictado el acto o la disposición objeto del recurso."

Situación que a todas luces, ha debido de variar en su planteamiento, al interpretarse esta norma en clave constitucional (artículos 24, 103.1, 106.1 y 117.3 de la Constitución Española y 2, 17 y 18 de la Ley Orgánica del Poder Judicial) subordinando la posición de los particulares y de las Administraciones Públicas a una función de mera colaboración en orden al cumplimiento de las Sentencias,⁶⁰⁰ amén de la consideración que efectúa el profesor GONZÁLEZ PÉREZ,⁶⁰¹ en cuanto a que la ejecución a que el artículo 103 se refiere, es la ejecución voluntaria por parte de la Administración Pública, el cumplimiento del fallo, pero si la sentencia no se cumpliese voluntariamente, el Tribunal siempre

constitucional, Edit. Tecnos, Madrid, 1987, p. 112. **PAREJO ALFONSO, Luciano**, *Estado Social y Administración Pública. Los postulados constitucionales de la reforma administrativa*, op. cit., pp. 316-317. Un análisis sobre el alcance de la expresión del Tribunal Constitucional (sentencia 32/1982 de 7 de junio, ponente: Sra. D. Gloria Begué Cantón, en resolución de recurso de amparo número 234/1980), BOE número 153 de 28 de junio de 1982, referente la inconstitucionalidad de los arts. 103 y ss. de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa, que ordenan que las sentencias de esta jurisdicción sean ejecutadas por la propia Administración. **GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Eduardo**, "Inejecución por la Administración Pública de condenas pecuniarias acordadas en sentencia firme judicial", op. cit., p. 308.

⁶⁰⁰ Véase **FENOR DE LA MAZA Y CORNIDE-QUIROGA, Ángel**, *Nuevas perspectivas en el proceso contencioso-administrativo. Las medidas cautelares*, op. cit., p. 227.

⁶⁰¹ **GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús**, *La reforma de la legislación procesal administrativa*, op. cit., pp. 96-97.

puede acudir a la Ley de Enjuiciamiento Civil supletoria para seguir en cada caso el proceso de ejecución que estime idóneo.

El proyecto en este sentido viene a suprimir cualquier duda que cabría al respecto y da traslado, delegando la potestad de la ejecución a los Juzgados y Tribunales:

"Artículo 103.1: La potestad de hacer ejecutar las sentencias y demás resoluciones judiciales corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales de este orden jurisdiccional, y su ejercicio compete al que haya conocido del asunto en primera o única instancia.";

De lo que se trata en la especie, es de adaptar el proceso de ejecución a lo que de él exige la Constitución a fin de ver cumplido el derecho referenciado en la sentencia o resolución judicial, como bien lo sostiene BELTRÁN DE FELIPE⁶⁰² -para quien la discusión carece de interés práctico-, si se parte de lo que de verdad importa (de las posiciones del juez que ejecuta y de la Administración que cumple y colabora), dicho precepto no tiene contenido ni virtualidad, en la medida en que ha de interpretarse en el sentido de que el cumplimiento (no la ejecución) de las sentencias, corresponderá al órgano que hubiera dictado el acto o disposición objeto del recurso.

⁶⁰² BELTRÁN DE FELIPE, Miguel, *El poder de sustitución en la ejecución de las sentencias condenatorias de la administración*, op. cit., p. 203.

Y porque además una cosa es el cumplimiento de la ejecución, que se refiere a la actividad que debe desplegar la Administración de lo resuelto judicialmente, y otra la de: ejecutar, que le corresponde única y exclusivamente a los Tribunales, como lo demanda el citado artículo 103 del proyecto en mención.

Porque además, hemos de decir que la responsabilidad no escapa de la Administración, determinado por el mismo deber de colaboración que lleva intrínseco la propuesta legislativa en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva, según los términos de la exposición de motivos del proyecto, que en lo conducente apunta:

"El punto de partida reside en la imperiosa obligación de cumplir las resoluciones judiciales y colaborar en la ejecución de lo resuelto, que la Constitución prescribe. Prescripciones que entroncan directamente con el derecho a la tutela judicial efectiva, ya que, como viene señalando la jurisprudencia, ese derecho no se satisface mediante una justicia meramente teórica, sino que conlleva el derecho a la ejecución puntual de lo fallado en sus propios términos. La negativa, expresa o implícita, a cumplir una resolución judicial constituye un atentado a la Constitución frente al que no caben excusas."

La bandera de la acción jurídica la dispone la eficacia, y ésta es en lógica jurídica, la ejecución *in natura* del fallo.⁶⁰³ Otro problema sería la disposición material de los instrumentos no ya jurídicos sino materiales, que tenga a su alcance el órgano jurisdiccional para llevar a feliz término un fallo judicial, análisis que requeriría un tratamiento especial que escapa a nuestro objeto de estudio.

Refuerza lo anterior lo dispuesto por el artículo 108.1 del último proyecto de ley (1998)

*"Si la sentencia condenare a la Administración a **realizar** una determinada actividad o a dictar un acto, el **Juez o Tribunal** podrá, en caso de incumplimiento:*

*a) **Ejecutar** la sentencia a través de sus propios medios o **requiriendo** la colaboración de las autoridades y agentes de la Administración condenada o, en su defecto, **de otras Administraciones Públicas**, con observancia de los procedimientos establecidos al efecto.*

*b) **Adoptar** las medidas necesarias para que el fallo adquiera la eficacia que, en su caso, sería inherente al acto omitido, entre las que se incluye la **ejecución subsidiaria** con cargo a la Administración condenada."*(El destacado no pertenece al original).

⁶⁰³ Esto ya lo venía sosteniendo la jurisprudencia en sus términos generales y la búsqueda de la efectividad de la justicia. Puede verse entre otras: Sentencia del Tribunal Constitucional 67/1984 de 7 de junio, BOE número 165 de 11 de julio de 1984, ponente: Sr. D. Rafael Gómez-Ferrer Morant, Fundamento Jurídico 2: "Los Jueces y Tribunales han de adoptar las medidas necesarias para la ejecución, de acuerdo con las leyes, que ha de ser interpretadas de conformidad con la Constitución y en el sentido más favorable para la efectividad del derecho fundamental. Si tales medidas no se adoptan con la intensidad necesaria -y legalmente posible- para remover la obstaculización producida, el órgano judicial vulnera el derecho fundamental a la ejecución de sentencias."

VI. BREVE REFERENCIA A LA SENTENCIA Y SU EJECUCIÓN EN EL DERECHO COMPARADO: VENEZOLANO, ANGLOSAJÓN, ARGENTINO Y COSTARRICENSE.

1. Derecho argentino:

Para el Derecho Argentino, la garantía de que la sentencia debe ser ejecutada ha sido consagrada en las Constituciones provinciales, en este orden la autoridad administrativa vencida en juicio gozará de cierto plazo, contado desde la notificación de la sentencia condenatoria para dar cumplimiento a las obligaciones en ella impuestas.⁶⁰⁴

Vencido el plazo sin que la sentencia haya sido cumplimentada, a petición de parte el Tribunal ordenará la ejecución directa, mandando que él o los agentes correspondientes debidamente individualizados, procedan a dar cumplimiento a lo dispuesto en la sentencia, determinando concretamente lo que deben hacer y el plazo en que deben realizarlo bajo apercibimiento de hacer efectiva la responsabilidad constitucional.

En previsión de la desobediencia, la responsabilidad de los funcionarios incumplientes del mandato judicial tiene arraigo legal dentro del marco civil-patrimonial (art. 1112, Código Civil) y penal (arts. 248 a 252, Código Penal),

⁶⁰⁴ Verbigracia: Código de Mendoza, art. 68; Buenos Aires, art. 79; Catamarca, art. 52; Corrientes, art. 108; Chaco, art. 86; Jujuy, art. 93; Santa Fe, art. 89; Salta, art. 74; Misiones, art. 85; Formosa art. 79; La Pampa, art. 59; Neuquén, art. 69; La Rioja, arts. 75 y 76.

con lo que puede observarse que el órgano jurisdiccional procede a "exigir" al órgano administrativo, pero sin hacer mención de una "plena sustitución" y remitiendo el asunto al establecimiento de la responsabilidad del funcionario encargado de la ejecución material del asunto. Para ello -y al igual como sucede en el derecho español-, debe ponerse todo lo que esté al alcance de los Tribunales a fin de llevar a cabo la sentencia o resolución judicial; a este efecto la Suprema Corte podrá adoptar incluso de oficio, todas las providencias y resoluciones que estime convenientes para poner en ejercicio las atribuciones constitucionales, sin que puedan oponerse a aquellas providencias o resoluciones las disposiciones que figuren en leyes o en actos de administración (se hace la salvedad de que no podrá trabarse embargo ni en los bienes afectados al uso público o a un servicio público, ni sobre las contribuciones fiscales afectadas por ley a servicios públicos).

Cabe mencionar que en el derecho Argentino, la sentencia se ejecuta con integridad ante el mismo Tribunal y no debe acudir a otro juicio para hacer efectiva la condena. Aquí se dice que puede haber "sustitución" pero ella se refiere a la sustitución de la prestación debida por otra a favor del vencedor en el proceso, lo cual al final de cuentas no se dirige al sostenimiento de la "ejecución *in natura*" a la que nos hemos venido refiriendo.⁶⁰⁵

⁶⁰⁵ Puede verse lo dicho por **DROMI, Roberto**, *Derecho Administrativo*, op. cit., pp. 864 a 866.

En relación al alcance material que tienen intrínsecas las sentencias, se expresa -DROMI- que cuando la sentencia acoja favorablemente la acción, deberá en su caso, de acuerdo con la pretensión procesal formulada, disponer:

- 1) Anular total o parcialmente el acto impugnado;
- 2) Reconocer el derecho subjetivo o situación jurídica individualizada y adoptar las medidas necesarias para su restablecimiento, cumplimiento o ejercicio;
- 3) Pronunciarse sobre el resarcimiento de los daños y perjuicios reclamados;
- 4) Formular la interpretación que corresponda adecuada a la norma, y
- 5) Ordenar la ejecución de actos administrativos y disponer las medidas necesarias para el ejercicio de las prerrogativas y competencias públicas.⁶⁰⁶

Para DROMI, es posible "suplir" la negativa de la Administración a cumplir con sus deberes, cuando se trate de provocar la negativa por el silencio administrativo pero refiriéndola a casos de actividades regladas, ya que en tal caso, el juez -en su opinión- podrá suplir la negativa ordenando la conducta debida al particular según la norma aplicable (por ejemplo: otorgamiento de la jubilación o diploma a quien ha reunido las condiciones legales o reglamentarias) lo cual no soluciona los casos de inactividad material.

⁶⁰⁶ Cfr. Código Procedimiento. Administrativo del Neuquén, art. 64; Mendoza, art. 59; La Rioja, art. 67; Corrientes, art. 83; Formosa, art. 70; La Pampa, art. 52. **DROMI, Roberto**, *Derecho Administrativo*, op. cit., p. 862.

A contrario sensu, cuando la facultad es discrecional, el silencio no constituye remedio, ya que difícilmente podrá el juez desplegar la actividad material necesaria para resarcir el derecho vulnerado; se recurre entonces, a la figura del amparo por mora que prevé el artículo 28 de la Ley de Procedimientos Administrativos, intentando provocar el pronunciamiento administrativo expreso, ya que aunque éste resulte negativo, podrá pretenderse la revisión judicial con mayor facilidad que en la negativa por silencio impugnando los motivos en que se funda la decisión.

Lo anterior nos conduce a la misma situación que se provoca con el artículo 29 del proyecto de Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de España tantas veces citado, en virtud de que al particular (teniendo ya el derecho) no le interesa que el órgano jurisdiccional le reitere que cuenta con el derecho, sino que su pretensión es que lo materialice.

Ante la timidez del remedio previsto, expresa MAIRAL que "para el caso de desobediencia frente a la orden judicial de pronto despacho (la comunicación al superior jerárquico del funcionario recalcitrante) se ha propuesto la procedencia de sanciones conminatorias (*astreintes*) contra la Administración. Atento a la aplicabilidad general de las normas del C.P.C.C. al Estado y a los términos amplios de su art. 37 (Los jueces (...) podrán imponer sanciones pecuniarias (...) tendientes a que las partes cumplan sus mandatos...), la solución es plausible y no aparece totalmente descartada por

el art. 7 de la Ley de Demandas contra la Nación, dada la jurisprudencia de la Corte Suprema que rechaza la invocación de esta última norma como fundamento suficiente para desobedecer la sentencia."⁶⁰⁷

Todo esto nos hace ver que la situación del derecho Argentino, aún cuando contiene la figura del amparo "por mora", al final de cuentas resulta no proteger suficientemente y de manera efectiva la esfera jurídica de derechos de los administrados.

2. Derecho anglosajón.

El sistema anglosajón se caracteriza por dos rasgos según apuntaba *Laferrière*: primero la competencia general de la autoridad judicial en todos los casos en que se requiere la aplicación de la ley, y segundo el poder del juez de dirigir órdenes y prohibiciones a la Administración.

No es de extrañar entonces, que el hecho de que la potestad judicial alcance en los Estados Unidos no sólo la anulación del acto sino también su modificación y la imposición de órdenes a la Administración, no despierte un interés comparable al que presenta en Francia: dicha potestad se da por sentada.⁶⁰⁸

⁶⁰⁷ **MAIRAL, Héctor A.** *Control Judicial de la Administración Pública*, ediciones Depalma, volumen I, Buenos Aires, 1984, p. 267.

⁶⁰⁸ *Ibidem.*, p. 861.

Aquí las potestades de sustitución del juez son escasas, autorizándose al Tribunal revisor a obligar a la Administración a llevar a cabo las acciones ilegalmente denegadas o irrazonablemente demoradas, así como a declarar ilegal y revocar actos individuales y generales, pero no a desplegar las acciones por sí misma. Es por ello que los Tribunales tienen muy claro que no pueden ejercer funciones típicamente administrativas, procediendo a ordenar a la Administración realizar determinadas conductas positivas sólo en casos en que se esté en presencia de facultades regladas.

3. Derecho venezolano.

Ante casos de inactividad material de la Administración Pública, en el Derecho Venezolano la pretensión del recurrente no es sólo que se declare la ilegalidad de la omisión o negativa a actuar administrativa, o que se declare la ilegalidad de la omisión o negativa administrativa, o que se declare la obligatoriedad de la Administración de decidir, sino que lo que busca realmente es que se ordene a la Administración a adoptar determinados actos.

Por tanto, la decisión del Juez puede contener mandamientos de "hacer" frente a la Administración, e incluso -en nuestro criterio- puede en sí misma, suplir la carencia administrativa, relevando al interesado de la obligación de obtener el acto en cuestión para ejercer su actividad particular.

Como lo ha señalado la Corte Primera de lo Contencioso-Administrativo de este país, en estos casos la acción se refiere al cumplimiento de los actos, esto es, que no se agota en un simple pronunciamiento, sino que presupone la realización de actuaciones tendientes a satisfacer la pretensión deducida por el administrado.

Así, el recurso establecido al efecto en la vía contencioso administrativa contra la "carencia administrativa", implica que la pretensión del recurrente está basada en un derecho subjetivo de orden administrativo infringido por la inacción, y cuya **satisfacción sólo es posible mediante una actuación**. Consecuencialmente -BREWER CARIAS-, el restablecimiento de la situación jurídica infringida por la omisión, puede dar lugar a que el juez ordene a la Administración la adopción de una decisión, o a que el juez directamente sustituya a la Administración y restablezca la situación jurídica subjetiva infringida, por ejemplo, dispensando al particular de obtener el acto solicitado, si ello era necesario para ejercer su derecho. En general, en el contencioso contra las conductas omisivas además de la pretensión de obligar a la Administración a actuar, ésta puede estar acompañada de pretensiones de condena al pago de daños y perjuicios ocasionados por el retardo, e incluso, pretensiones de amparo cuando la conducta omisiva viole un derecho o garantía constitucional, por ejemplo, cuando la Administración penitenciaria se niega a cumplir una orden de excarcelación.⁶⁰⁹

⁶⁰⁹ BREWER CARIAS, Allan R. *Estado de Derecho y Control Judicial*, op. cit., pp. 267-268.

Como se puede observar, en el derecho Venezolano la sustitución plena alcanza mayores niveles y queda claro que el interés último del sistema es el despliegue de la actividad material omitida por la Administración, y que en virtud de dicha omisión el Juez entra a suplir la carencia ocasionada.

4. Derecho costarricense.

Partiendo como lo hace la justicia jurisdiccional contencioso-administrativa de Costa Rica, de un control a la legalidad de los actos administrativos, encontramos un enorme vacío no sólo en la contemplación de la inactividad material de la Administración Pública, como figura sujeta al control de los órganos jurisdiccionales, sino también a los obstáculos con los que se enfrenta el sistema a la hora de ejecutar las sentencias.

Ya lo dice el artículo 1.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de Costa Rica:⁶¹⁰

"Por la presente ley se regula la Jurisdicción contencioso-administrativa establecida en el artículo 49 de la Constitución Política, encargada de conocer de las pretensiones que se deduzcan en relación la legalidad de los actos y disposiciones de la Administración Pública sujetos al Derecho Administrativo."

⁶¹⁰ Ley número 3367 del 12 de marzo de mil novecientos sesenta y seis.

La jurisdicción contencioso-administrativa parte de la actividad de la Administración como forma de "un hacer" que perjudica al Administrado, pero no es contemplativa de un "no hacer" también perjudicioso al ciudadano, reitera lo anterior el artículo 18.1 en relación a los actos impugnables en vía contencioso-administrativa:

"La acción será admisible en relación con las disposiciones y actos de la Administración que no sean susceptibles de ulterior recurso en vía administrativa, ya sean definitivos o de trámite; y en cuanto a estos últimos, si deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, de tal modo que pongan término a aquella vía o hagan imposible o suspendan su continuación."

En relación a las sentencias, idéntica situación al derecho español focalizamos en el derecho costarricense, ya que existe una clara ambigüedad en las acciones que deben tomar los Jueces y Tribunales a la hora de "ejecutar" las sentencias, porque aún y cuando no se especifica -como se hace en el Derecho Español de la función de "ejecutar y hacer ejecutar lo juzgado"-, se dice que de estimarse la acción, el Tribunal o Juez reconocerá la situación jurídica individualizada (es decir el reconocimiento del Derecho) y **adoptará cuantas medidas sean necesarias para su pleno restablecimiento y reconocimiento.**⁶¹¹

⁶¹¹ Art. 62, b), Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de Costa Rica, que a la letra dice:

"Si la sentencia acogiere la acción: b) Si se hubieren deducido las pretensiones a que se refiere el Art. 23, reconocerá la situación jurídica individualizada y adoptará cuantas medidas sean necesarias para su pleno restablecimiento y reconocimiento."

Así la cosas, por medio de este postulado podría el órgano jurisdiccional costarricense, hacer todo aquello que fuere necesario para el restablecimiento de la situación jurídica vulnerada, sea esta por acción o por omisión -según a nuestro modo de ver-, llegando incluso hasta la sustitución misma del órgano administrativo, máxime que se habla de: "pleno restablecimiento", término que de conformidad con el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, significa: volver a establecer una cosa o ponerla en el estado que antes tenía, significando en lógica jurídica y en ocasión de inactividad material causada por la Administración Pública, hacer que el derecho del particular lesionado por la omisión se lleve a debido efecto en la realidad.

Igual terminología nos la da la norma número 76 de la misma ley en comentario, al decir que:

*"Firme la sentencia, el Tribunal dictará o dispondrá, a solicitud de parte, las **medidas necesarias y apropiadas para su pronta y debida ejecución.**" (El destacado es nuestro).*

Sin embargo, la realidad fáctica es otra y los Tribunales no han sido muy amplios en una interpretación que permita la sustitución del juez cuando de incumplimiento e inexecución de resoluciones y sentencias judiciales se trate. En este sentido, la teorización en ambos derechos tanto del costarricense

como del español tienen un paralelismo dogmático, por lo que me refiero a lo dicho anteriormente para éste último.

No se hace referencia específica, como lo hace la legislación española, a que la ejecución directa le corresponda al órgano que hubiere dictado el acto o la disposición (o bien que hubiere generado la inactividad), sin embargo, del contexto normativo se puede inferir que se hace una referencia tácita a la Administración Pública como órgano emisor y ejecutor de los actos administrativos, así el artículo 77.1 hace referencia a que cuando la Administración Pública fuere condenada al pago de una cantidad líquida, deberá acordarlo y verificarlo de inmediato si hubiere presupuesto, haciendo expresa mención al órgano administrativo.⁶¹²

Cabe resaltar en este orden de ideas, que en el ordenamiento jurídico costarricense se hace mención expresa a la responsabilidad tanto civil como penal, de los funcionarios que tuvieron a su cargo la ejecución de las sentencias y estas no se llevaran a debido efecto, mención que no localizamos en el derecho español en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa ni en el proyecto precitado, responsabilidad que al ser contemplada expresamente y en tesis de principio, favorece la plena ejecución de las sentencias y detiene la inercia provocada por los funcionarios administrativos lesionando indebidamente la consecución plena del ejercicio de los derechos de los administrados.

⁶¹² Otras referencias expresas se hacen en los arts.: 78.2, 78.4, 79.

Sobre esto último, citamos el artículo 81.1 y 5, que dicta lo siguiente:

"Artículo 81. 1. Será caso de responsabilidad civil y penal la infracción de lo preceptuado en los artículos anteriores acerca de la ejecución de las sentencias.

2 (...) 3 (...) 4 (...)

5. A falta de normas más severas, la inejecución de las sentencias será castigada con prisión de uno a cinco años."

Especial referencia merecen las disposiciones que en materia de amparo, tiene establecidas el derecho en Costa Rica, en la cuales, como parte del objeto del recurso de amparo, se encuentra la garantización de los derechos y libertades fundamentales, así como la procedencia del recurso ante toda acción, **omisión** o simple actuación material no fundada en un acto administrativo eficaz. También procederá el recurso, no sólo contra los actos arbitrarios, sino también contra las actuaciones u omisiones fundadas en normas erróneamente interpretadas o indebidamente aplicadas. Por consiguiente, los sujetos particulares cuentan con una vía más expedita, a fin de ver satisfechos sus requerimientos ciudadanos y de ver resarcidos de alguna forma las vulneraciones a sus derechos.

Ahora bien, sin entrar al análisis propiamente de la figura de la contemplación de la inactividad material, sus límites y alcances en este tipo de recurso constitucional y no ordinario contencioso administrativo -por lo menos

en este apartado-, en materia de ejecución de sentencias y resoluciones judiciales y poderes de sustitución del juez, diremos que la norma es clara en indicar que cuando la impugnación hubiere versado sobre denegaciones de un acto o sobre omisiones, la sentencia ordenará realizar dicha actividad omitida, para lo cual otorgará un plazo prudencial perentorio. Si se hubiere tratado de una mera conducta o actuación material, o de una amenaza, se ordenará su inmediata cesación, así como evitar toda nueva violación o amenaza, perturbación o restricción semejante.⁶¹³

De lo anterior pareciera resultar -haciendo una interpretación amplia-, que el poder del Juez puede llegar hasta la sustitución de lo que en Derecho se requiera, a fin de restablecer la situación jurídica vulnerada, máxime cuando establece que en todo caso la Sala Constitucional **establecerá los demás efectos de la sentencia para el caso concreto**, pero la realidad es otra y la interpretación de los Jueces costarricenses también.

Aunado a lo anterior, las otras normas que relacionan sentencia y su ejecución, no se dirigen a interpretar que el juez pueda realizar esa "sustitución plena" que sostenemos puntos atrás, sino una plena "exigencia" al órgano administrativo incumpliente, que, en la mayoría de los casos sigue inerte en su perjudiciosa inactividad.

⁶¹³ Art. 49, Ley de la Jurisdicción Constitucional de Costa Rica, ley número 7135 de 19 de octubre de 1989.

En Costa Rica, firme la sentencia que declare procedente el amparo, el órgano o servidor responsable del agravio deberá cumplirla sin demora y si no lo hiciere dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a su firmeza, la Sala dirigirá al superior del responsable y le requerirá para que lo haga cumplir y abra el correspondiente procedimiento disciplinario contra aquél. Al mismo tiempo, mandará abrir proceso contra el culpable o los culpables, y pasadas otras cuarenta y ocho horas, contra el superior que no hubiere procedido conforme con lo expuesto salvo cuando se trate de funcionarios que gocen de fuero privilegiado, en cuyo caso se comunicará al Ministerio Público para lo que proceda.

El cumplimiento de la sentencia que se dicte en el amparo no impedirá que se proceda contra el servidor, si los hechos u omisiones en que incurrió constituyeren delito, a cuyo efecto se testimoniarán las piezas necesarias y se remitirán al Ministerio Público.⁶¹⁴ Hasta aquí, la acción de la Sala se limita única y exclusivamente a tratar de "exigir" al órgano administrativo el exacto cumplimiento de lo resuelto, pero de persistir la inacción administrativa, el derecho del perjudicado sigue quedando vulnerado sin solución alguna.

Es más, la norma 56 de la Ley en cuestión establece que la ejecución de las sentencias corresponderá a la Sala (tomando en cuenta tan limitada actuación), y remite a la vía contencioso administrativa y al procedimiento de

⁶¹⁴ Arts 53 y 54, Ley de la Jurisdicción Constitucional de Costa Rica, ley número 7135 de 19 de octubre de 1989.

ejecución de sentencias para aquellos supuestos de liquidación y cumplimiento de indemnizaciones y responsabilidades pecuniarias o en otros aspectos que la propia Sala considere del caso; con lo que dejaremos aún más indefenso al particular ya que le obligamos a que si su caso se debe traducir en una indemnización (o bien que se quiera ejercer paralelamente) deba acudir a la vía ordinaria contencioso administrativa, que en la situación actual cae en la inejecutabilidad total y no encontrará sustento al restablecimiento de sus derechos, ni en una ni en otra vía.

Por tanto, no es óbice decir que en derecho costarricense se hace necesaria una reforma en primera instancia a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa vigente, a fin de no sólo permitir una acción contra la inactividad material administrativa de forma también expresa, concreta y clara, sino para regular y ampliar los poderes de sustitución del juez, de manera tal que se avance en un tutela judicial más efectiva, y puedan los órganos jurisdiccionales adoptar **todas** las medidas necesarias para que el fallo adquiera la eficacia que, en su caso, sería inherente al acto omitido, llegándose incluso hasta la subsidiaridad de la acción mediante la cual se lleven a feliz término las prestaciones omitidas.

CONCLUSIONES

CONCLUSIONES

A lo largo de todo el proceso que hemos llevado a cabo con la presente investigación, referente al control jurisdiccional contra la inactividad material de la Administración Pública, arribamos a los siguientes razonamientos y conclusiones que pretendemos dejar clarificados.

Primera: Como parte de la primera fase investigativa, hemos dado unos esbozos de los alcances que debe tener la intervención estatal en el sistema de sociedad que nos rige. Ello por cuanto el intervencionismo estatal en la vida ciudadana se ha visto incrementado, no sólo por la reforma social operada en los últimos tiempos, sino por el aumento en la población que demanda servicios de toda índole a los órganos administrativos, lo que hace que se exija del Estado, crear las condiciones y los medios necesarios para el pleno goce de los derechos que el mismo ordenamiento le ha otorgado al administrado.

La actividad que despliega la Administración Pública estará siempre sujeta a la satisfacción de las necesidades de la colectividad a la que sirve, y a ello deben estar dirigidos todos los objetivos de los entes públicos que sirven con objetividad los intereses ciudadanos, en especial los objetivos prestacionales a los que está comprometida la Administración Pública, y que es la actividad por antonomasia que le pone en contacto directo con el particular debidamente individualizado (sin olvidar las acciones colectivas que sea de mérito interponer).

Segunda: El deber jurídico de la Administración a un hacer positivo, está regido por el principio de la eficacia, mediante el cual se siguen los principios constitucionales del sometimiento de todo el actuar administrativo a la ley y al derecho. Bajo esta tesitura, su inobservancia quedaría comprendida claramente dentro de las ilegalidades manifiestamente declaradas implícitamente, permitiendo entonces la reacción dentro del sistema. De aquí surge toda una conceptualización de los deberes jurídicos de obrar por parte de la Administración, que es a lo que denominamos inactividad material de la Administración Pública, que en términos generales estará relacionada directamente con las acciones de préstamo de servicios y acción legal por medio de normas, actos, contratos o convenios administrativos.

Hemos querido dejar clara constancia de los alcances de la inactividad como contrasentido de los postulados de la eficacia y eficiencia que debe buscar toda Administración en sus relaciones con los administrados, términos que se enlazan para una búsqueda del cumplimiento del deber administrativo y que sirvan también como corolario para las acciones jurisdiccionales que quepan.

Nos hemos centrado en la presente memoria, a dejar claridad en el concepto de inactividad material administrativa, dejando de lado el estudio de temas atinentes como la inactividad formal administrativa, la inactividad

legislativa y la inactividad judicial, ello por alejarse de nuestro objeto central de estudio y por existir análisis recientes que tratan estos temas.

Tercera: Para la determinación de una noción de inactividad administrativa de la cual partir, tanto para diferenciarla de otras figuras jurídicas existentes en el ordenamiento jurídico (tales como la del silencio administrativo), como para poder correlacionarla con la realidad que circunda nuestro modelo societario, se hace necesario partir de un concepto básico y los elementos que lo conforman, el cual viene a implicar un estado de carencia, un estado de no funcionamiento de los sistemas para el ejercicio de derechos ciudadanos, causando los consiguientes perjuicios.

Cuarta: La legalidad que fundamenta a la Administración Pública, debe necesariamente regir su acción y su inacción vendría a suponer una ilegalidad al sistema y un incumplimiento antijurídico de los deberes que le están encomendados. Esto puede definirse como *buena administración*, de la cual forma parte la eficacia y eficiencia, que su misma filosofía busca cuando se enfrenta al servicio público que presta y de la cual la normativa debe ser en todo momento eco (calidad, regularidad y continuidad)

El carácter prestacional de la actividad administrativa, estará determinado por todo aquel cúmulo de servicios que el Estado debe de "dar" o "hacer", porque la actividad administrativa que se denomina como

"prestacional", es la que se hace para satisfacer necesidades públicas mediante el despliegue de un servicio o acción a los administrados.

Quinta: El control jurisdiccional que se precie de eficaz contra la inactividad administrativa, debe contemplar instrumentos o medios que regulen la "mala administración" o "deficiente administración", porque de ello dependerá la consecución de los objetivos del Estado social de Derecho, cuya filosofía está radicada en procurar que la libertad e igualdad de los ciudadanos conformadores de la Sociedad sean efectivos.

Sexta: A pesar de que se pretenda la conversión de la inactividad material en formal como sustitutivo de una regulación específica, hemos de decir que, aún y cuando se puedan unificar las figuras y el fundamento jurídico que forman una y otra figura, a fin de que exista el escenario fáctico jurídico objetivo operando dicha conversión, el problema va a estribar siempre en que la tutela real va a ser inexistente y la prestación final del servicio solicitado quedará en una mera formulación.

El sistema vigente no es suficiente y efectivo para tutelar verdaderamente al particular, cuando existe la producción de una "lesión" a sus intereses y derechos a causa de la inactividad administrativa, lo que plantea la necesidad de revisar el alcance del recurso contencioso-administrativo y la cobertura jurisdiccional a la que está llamada dar al sistema.

Séptima: Al basarse nuestra ley de la jurisdicción contencioso-administrativa en una tutela subjetiva (proceso al acto), en donde la legalidad de la acción administrativa se hace ante la invocación de un perjuicio o daño a los derechos e intereses personales basados o fundamentados en los actos administrativos, deja por fuera las omisiones administrativas en donde en algunos de los casos no hay acto administrativo previo que revisar, porque precisamente no existe actuación alguna.

Debe tenerse presente que como parte del objeto de control de los órganos jurisdiccionales debe también controlarse las actividades públicas que son ejercidas por empresas pertenecientes al Derecho Privado, pero que no por ello, dejan de ser un deber y un cometido público y si la inercia parte de quien tiene su obligación primaria (concesionario, contratista, etc.), cabrá responsabilidad en quien deba controlar la esfera de actuación de estos y que normativamente delega pero no es ajena a ella.

La composición jurídica de la actividad administrativa contempla conductas activas o pasivas (no sólo obligaciones de hacer, sino de dar y también de no hacer), como declaraciones de voluntad destinadas a la producción de efectos jurídicos previamente determinados, o bien del desarrollo de conductas materiales que por ley están clarificadas y delimitadas, por tanto, el control jurisdiccional debe también abarcar estas formas como ilegalidades evidentes y manifiestas en el deber administrativo. Porque la función administrativa abarca más que los actos y las disposiciones que dicta

la Administración (tal y como está concebido el sistema contencioso-administrativo en la actualidad), prestando servicios y desarrollando actividades materiales, positivas y también técnicas, realiza conductas negativas u omisivas (la inercia y el silencio administrativo como inactividad formal) y las acciones de los administrados.

Octava: El control jurisdiccional debe estar más acorde con una estrecha relación entre cumplimiento de los deberes administrativos y ajuste al principio de legalidad al que necesariamente se debe ajustar toda la acción de la Administración Pública (legalidad administrativa), como medio de garantizar la igualdad y la justicia de la sociedad. En este sentido, el control de la legalidad debe garantizar al sujeto que la Administración no actuará cuando no esté facultada y que actuará cuando así esté establecido su deber.

La inactividad material es el no ejercicio de lo que hemos dado en llamar "potestad funcional prestacional" por medio de la cual se compele a la acción de la prestación debida según el orden jurídico, por lo que si la misma falta, traería consigo la imputación jurídica y las consecuencias de ejecución necesarias.

Novena: Si la desviación de poder es el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico, concebimos la inactividad material administrativa como una de sus formas de manifestación, pero debe insistirse sobre esto, a fin de que los órganos

jurisdiccionales le den la justa dimensión y el legislador la contemple expresamente en el ordenamiento jurídico, como una forma más para controlar y fiscalizar el actuar administrativo y su correspondiente legalidad.

Décima: A efectos de su tratamiento jurisdiccional, pueden dividirse los supuestos de inactividad material en que puede incurrir la Administración Pública en dos grupos: un primer grupo, inactividad material en relación con la inejecución de actos administrativos propios de la Administración, y un segundo grupo, inactividad material en donde no existe de previo un acto administrativo obligatorio y ejecutivo.

La inactividad material por inejecución de actos administrativos propios de la Administración, viene dada con la omisión en la realización de una actividad material que ya ha sido declarada por el mismo ente administrativo y dejado de realizar. Si el acto administrativo está revestido de fuerza ejecutiva y no existe razón jurídica para su suspensión (aspecto que es excluyente de responsabilidad), es innegable la obligatoriedad para la Administración el ejecutarlo en sus justos términos.

Existiendo actos que no son ejercitados en virtud de que la Administración no impulsa su correspondiente ejecución a un tercero, el sistema debe de satisfacer la necesidad de poder obtener tutela también para estos casos, así como darle la fuerza ejecutiva necesaria en relación con las

potestades jurisdiccionales para "coaccionar" efectivamente a la Administración a la ejecución forzosa de la actividad debida.

Existirán situaciones de inactividad material que por su propia naturaleza no exista previamente un acto administrativo en firme e inejecutado, sino su obligatoriedad estará fundamentada en una disposición legal que no precise de actos de aplicación, norma, contrato o convenio (dentro de las que incluimos todas aquellas gestiones de Servicio Público), para lo cual no sólo es contemplarla como causa de impugnación contencioso-administrativa (como se hace en el proyecto de estudio), sino darle los instrumentos necesarios al ciudadano que se enfrenta a ella para que vea finalmente materializado su derecho, situación que en la actualidad no ocurre.

Creemos que todo deber obligacional prestacional de la Administración, depende de la voluntad del legislador y a éste le corresponde la concreción de los mismos en la letra de la ley, sin embargo no ahondamos más en la temática por pertenecer directamente a la inactividad que le compete al legislador.

Undécima: La pretensión del administrado debe ser la determinante, para la accesibilidad jurisdiccional basada en las "actuaciones" administrativas (inacción), sean estas constitutivas de acciones de "hacer" o de "dar", porque los órganos administrativos no perjudican sólo cuando actúa, sino también cuando deja de actuar.

Duodécima: Se pueden disgregar dos tipos de inactividad material, inactividad material de naturaleza jurídica e inactividad material prestacional "*strictu sensu*". La primera versará en las omisiones administrativas de actos jurídicos o disposiciones generales, dentro de las que se incluyen la inactividad reglamentaria como caso más típico de manifestación, incurriéndose en inactividad ya sea reglamentando conductas distintas a las mandadas por el legislador, haciendo una reglamentación parcial, o bien proponiendo una nueva legislación pero no reglamentando la vigente; debiendo en todo caso, suponer el control de los Tribunales una acción más directa y eficaz para el logro de la reglamentación a la que esté encomendada la Administración Pública y para ello, este supuesto de inactividad reclama una vía de protección distinta a la de un proceso declarativo, ya que el acto legitimador es evidente, se requiere de un proceso ejecutivo.

El segundo tipo de inactividad, es decir la inactividad material prestacional "*strictu sensu*" es la que se conforma de las situaciones de omisiones a los Servicios Públicos, dentro de las que se incluyen las estipuladas en el artículo 29 del último proyecto de Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, debiendo tener un tratamiento diverso en cuanto a su procedimentalización por la naturaleza misma que las condiciona, además de tomar en cuenta si estas requieren una ejecución inmediata o no, en cuyo caso el sistema deberá dotar los instrumentos para que los derechos no se lleguen a extinguir por el no ejercicio de los mismos.

Independientemente de la consideración de la accesibilidad al proceso, la determinación de las actuaciones por vía jurisdiccional deben estar basadas en la posibilidad de una práctica resolución condenatoria y efectiva y no meramente declarativa, y lo que es más, esa condena debe venir al proceso en el momento mismo que deba hacersele justicia al derecho de los ciudadanos.

Décimotercera: Otro tipo de inactividad material que se plantea es la inactividad positiva, mediante la cual lo que se requiere es que la Administración deje de accionar alguna cosa, ya que dicha acción causa perjuicios a los administrados.

El control de la Administración debe ser plenario, es decir total, dirigido a la manifestación del actuar administrativo en todas sus posibles formas como persona y sujeto de derecho que es.

Décimocuarta: Ya superada la teoría del carácter revisor de los actos administrativos, la inactividad surge como una figura en la que no se requiere la revisión de un acto previo por inexistente éste, no pudiendo ser obstáculo del acceso a la vía jurisdiccional para impugnar las ilegalidades cometidas por la inacción administrativa.

Siguiendo la pretensión objeto del recurso contencioso administrativo por inactividad material administrativa, y conocedores de que el acto deja de ser el único objeto, sino las pretensiones que se deduzcan de la "actividad",

debería hablarse de "voluntades" más de "pretensiones", dentro de las que más claramente estaría comprendida aquella voluntad no manifiesta por parte del órgano administrativo de no actuación.

Décimoquinta: Según los procesos que demanda el tratamiento de la inactividad material administrativa, se puede concluir que el planteamiento que realiza el proyecto de ley, resulta ser incorrecto, ya que desde la perspectiva del proceso se impone partir de nociones elementales en que se descompone la tutela jurisdiccional, que a su vez se proyectan en el doble grado de la tutela administrativa, por un lado la tutela declarativa en donde sólo se declara la voluntad jurisdiccional, que no producirá en la realidad jurídico-material otro efecto más que el reconocimiento de un derecho del particular declarando su existencia y el reconocimiento que el mismo ha sido insatisfecho por parte de la Administración Pública, y por otro lado, la tutela ejecutiva que busca la materialización de los derechos e intereses legítimos de los administrados.

Si ante la inacción administrativa, fuese necesario primero acudir al juez o Tribunal a fin de incoar el correspondiente procedimiento y la probable reacción de la Administración denegando lo pedido, obligaría al administrado a seguir un nuevo proceso sobre la legalidad del acto denegatorio, conllevando un tortuoso camino que difícilmente quiera seguir un administrado y que difícilmente sea contemplativo de una tutela judicial efectiva.

Se hace preciso que en el proceso por inactividad, se pueda plantear la cuestión de fondo para que la sentencia dicte la ejecución que proceda, pudiendo arbitrarse una audiencia ante el Tribunal o juez. Si la procedencia de la actuación frente a la Administración fuera tan evidente, puede ser acordada directamente por el juez.

En los supuestos de inactividad en los que confluye un acto legitimador, o bien por ser tan evidente la obligación a realizar la prestación que no resulte necesario el acto formal previo reconociendo el derecho, demandan unas vías de protección distintas, y por tanto, un proceso ejecutivo en virtud de ser innecesaria la sentencia que constituya tutela legitimadora de una ejecución por no ser ésta la que dé plena satisfacción al derecho lesionado. El proceso debe partir entonces, de la fase declarativa.

Décimosexta: El requerimiento o reclamación previa no debe ser un obstáculo más de acceso a la vía jurisdiccional, debe ser solicitada en el tanto sea solamente una oportunidad más para que la Administración rectifique su actitud omisiva, en este sentido debe ser un requerimiento simple inicial sin formalismos excesivos. Así, se concluye que debe ser conceptualizada de forma facultativa en el tanto el demandante pruebe de alguna forma que de la acción omisiva es consciente la Administración. El requerimiento debería de hacerse por el órgano jurisdiccional que tenga a su cargo la causa, conteniendo la demanda hecha por el particular con indicación de las omisiones incurridas, estableciendo un tiempo perentorio de respuesta, ya sea

para que la Administración reconozca su deber y lo lleve a cabo también en un tiempo perentorio, o bien para que manifieste su inconformidad con la pretensión y argumente su omisión de respuesta y su negativa de actuación. De esta forma, el posible cumplimiento por parte de la Administración y rectificación de la inactividad, estaría más asegurada siendo un órgano jurisdiccional quien requiera a la Administración.

Décimoséptima: Una de las dificultades que presenta el tratamiento de la inactividad material administrativa como forma de impugnación jurisdiccional es el problema de la legitimación, caracterizada tanto por el interés que un sujeto pueda tener en la tutela jurisdiccional como por un derecho subjetivo. De conformidad con el artículo 24 de la Constitución Española se amplía el ámbito de legitimación para la impugnación, para todo aquel que ostente un interés legítimo, identificado con cualquier ventaja o utilidad jurídica derivada de la reparación pretendida. La legitimación viene a constituir una cuestión de fondo del asunto litigioso.

Se debe consagrar el interés legítimo como título legitimador, independientemente del tipo de pretensión que se ejercite. Debe de revisarse la incongruencia que se nota en el anteproyecto de ley, ya que se restringe el acceso a todas aquellas personas que no tengan un derecho "directo", y reduce la cobertura del sujetos legitimados al decir: en favor de una o varias personas "determinadas" con derecho a ello, con lo que no bastará un simple interés legítimo, individual o colectivo, deberá concurrir un interés directo.

La legitimación la determinará en todo caso, la lesión jurídico-subjetiva que pueda demostrar el sujeto perjudicado con la inactividad material administrativa.

Se postula un mayor intervencionismo y participación en el control objetivo de la legalidad mediante la intervención de figuras como el Ministerio Fiscal y el Defensor del Pueblo y otras Administraciones Públicas.

Décimooctava: Dos son los plazos que se postulan en el proyecto de Ley para que el particular afectado con la inactividad, deba esperar para poder deducir recurso contencioso-administrativo, uno aplicable a supuestos en los que exista acto administrativo previo y otro para supuestos que se deriven de actos previos, firmes e inejecutados. En el primer de los casos es de tres meses y en el segundo, un mes.

Tanto en uno como en otro caso, somos del criterio en que el plazo resulta excesivo para permitir el acceso a la vía contencioso administrativa, constituyéndose en un obstáculo más, que de no regularse disminuyéndolo en ajuste a una tutela judicial efectiva, debe estar acorde con un sistema de medidas cautelares positivas que vengán a paliar esta situación, evitando entonces que el derecho del sujeto demandante quede sin contenido ni efecto. Además, porque aún cuando se redujeran los plazos al máximo, no existiría la

capacidad material de la cantidad de jueces con que cuenta el sistema para resolver los litigios que se le presenten.

En relación al plazo, se estatuye en el último proyecto de ley, un procedimiento abreviado para todos aquellos casos de inactividad material que se refieran a inejecución de actos administrativos firmes, que si bien mejora la cobertura de tutela jurisdiccional, no los viene a resolver. Menos quedan sin resolver los otros casos de supuestos de inactividad material en el tanto se remite al procedimiento ordinario, con el consabido desplazamiento en tiempo.

Décimonovena: Las medidas con las que el administrado pueda contar a la hora de la interposición de la acción correspondiente, que vengan a garantizar la ejecución posterior de lo que se decida en sentencia, va a ser la indicación justa de la tutela judicial efectiva y la plena protección jurisdiccional de su derecho, siendo un deber y una obligación derivada de la propia Constitución el que los Jueces y Tribunales interpongan todos los medios que estén a su alcance para darle efectividad a la tutela, conllevando esta tomar todas las medidas cautelares necesarias y posibles para ello, abarcando las medidas de tipo positivo (desarrollo de una conducta, de un hacer) que son las que vienen a darle contenido y efectividad a la inactividad material administrativa, previniendo que el derecho en litigio desaparezca en su esencialidad; lo que plantea serios postulados de planteamiento, ya que es un adelantamiento de los efectos de la sentencia, por lo que la agudeza que debe interponer el juez a la hora de hacer la correspondiente valoración debe ser

muy rigurosa (incluida la posibilidad de exigir una caución), en virtud misma de que de su juicio y ponderación final, dependerá la irreversibilidad del daño que pueda producirse, tanto al administrado solicitante de la medida cautelar positiva (por la no ejecución de su derecho), como el daño que pueda sufrir el órgano administrativo por el adelantamiento de un derecho que no correspondía en derecho, sin defecto de los procesos indemnizatorios que podrían regularse en caso de que resulten daños y perjuicios para cualquiera de las partes.

Con la legislación actual, se puede aplicar el artículo 1428 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pudiendo adoptar medidas cautelares que el órgano jurisdiccional estime pertinentes, incluyendo dentro de ellas a las de tipo positivo (sin detrimento de la imperiosa necesidad de la contemplación normativa expresa).

Una salida colateral, estaría indicada en el establecimiento de "vistas" en las que un juez pueda con réplica y duplica de las partes, valorar *prima facie*, el posible derecho lesionado y las razones y justificantes que hayan intervenido en el caso, para con ello decretar las medidas que estime pertinentes a la pronta y justa resolución final.

No se deja de lado que la revisión de todo un conglomerado de postulados jurídicos, deviene en un cambio de planta y de que se cuente con un mayor número de infraestructura no sólo material sino humana para poder

hacer frente a la gran cantidad de demandas de todo tipo por parte de los ciudadanos.

Vigésima: Siendo la pretensión del sujeto un hacer, la sentencia deberá versar en el ejercicio material de una actividad, de un hacer positivo. Situación que hace agravarse el tema de la ejecución de sentencias y la ejecución forzosa, así como la sustitución de la Administración por parte del órgano jurisdiccional, lo cual parece intensificarse en su factibilidad.

La Ejecución forzosa se basará principalmente, en medios de coacción o el establecimiento de duras penas indemnizatorias. Buscando la ejecución "*in natura*" el sistema debe de regularse de una forma más efectiva y real, a fin de dotar al órgano judicial de los medios necesarios para obligar a la Administración al debido cumplimiento de las resoluciones judiciales (regulación de la utilización de la fuerza pública, embargo de bienes, responsabilidad personal de funcionarios, encargo de terceros ejecutantes, etc.).

Justificamos entonces, una plena sustitución hasta donde el límite de la facultad jurisdiccional lo permita; a contrario sensu, sería materialmente imposible en aquellos casos en que la ejecución de la obligación corresponda, o bien a una discrecionalidad administrativa de tipo técnica, o bien a un despliegue de actividad que sólo esté en capacidad de hacerlo a la Administración (hacer personalísimo), en cuyo caso, el sistema lo que debe

procurarle al ciudadano es una normativa que instrumente de manera adecuada los medios de forzar a la Administración a la realización y cumplimiento de lo debido. En este sentido, queda superado el principio de separación de poderes, el cual siempre ha sido tópico para evitar que exista un verdadero poder de sustitución y de control jurisdiccional a la actividad (inactividad) de la Administración Pública, en virtud del principio constitucional de la función principal del órgano jurisdiccional: juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.

Vigésimoprimera: Por último, en el tema de la discrecionalidad, ésta no puede autorizar a la Administración a no actuar ante un deber u obligación expresa, solamente le permite "el cómo" debe de actuar. Al hablar de discrecionalidad que pudiera en alguna forma autorizar **la no actuación** por parte de la Administración, tendríamos que decir que únicamente se justificaría, en aquellos casos que expresamente el ordenamiento así lo disponga, porque sólo el ordenamiento positivo puede legitimar el ejercicio de una potestad de contenido discrecional, enlazando de esta forma el concepto, con el principio de legalidad de la Administración.

La necesidad de una correcta regulación no sólo normativa, sino de política en el tratamiento de la inactividad material se hace patente en nuestro sistema y aún cuando ya se empieza a plasmar en el ordenamiento positivo, sigue existiendo un vacío que no llena la realidad fáctica y que requiere de una concienciación en cuanto a los alcances de los perjuicios que causa la omisión

de deberes legales por parte de la Administración Pública, situación que hemos querido dejar esbozada con la presente memoria y contribuir así, al análisis y estudio de la problemática y necesidades que conforman el contencioso-administrativo actual, y coadyuvar en su mejora, acorde con el progreso que sufre nuestro sistema de derecho.

BIBLIOGRAFÍA

BIBLIOGRAFÍA

ACOSTA ESTÉVEZ, José, *Pretensión Procesal Administrativa, Ejecución de Sentencias y Construcción Jurisprudencial de la litispendencia en lo contencioso-administrativo*, Promociones y Publicaciones Universitarias PPU, primera edición, 1987.

ALMAGRO NOSETE, José, "Legitimación y amparo constitucional", en Revista de Derecho Procesal Iberoamericano, Nº 4, 1980.

ALONSO GARCÍA, Ricardo, *Derecho Comunitario. Sistema Constitucional y Administrativo de la Comunidad Europea*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 1994.

ALONSO IBÁÑEZ, María del Rosario, *Las causas de inadmisibilidad en el proceso contencioso-administrativo*, Editorial Civitas, primera edición, Madrid, 1996.

ALONSO OLEA, Manuel, *La reclamación administrativa previa (Un estudio sobre la vía administrativa como presupuesto del proceso ante la Jurisdicción del Trabajo)*, Instituto García Oviedo, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1961.

"La reclamación previa en los procesos de seguridad social", en Revista Iberoamericana de Seguridad Social, Separata del Nº 2, marzo-abril 1961

ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ, José María, "El futuro del Tribunal Supremo y la reforma de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa", en Suplemento del Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi, año VII, Nº 308, setiembre 1997.

ÁLVAREZ-GENDÍN Y BLANCO, Sabino, *Tratado General de Derecho Administrativo*, tomo IV, Bosch Casa Editorial, Barcelona, 1977.

Teoría y práctica de lo Contencioso Administrativo, Editorial Bosch, Barcelona, 1960.

BACIGALUPO, Mariano, "El sistema de tutela cautelar en el contencioso-administrativo alemán tras la reforma de 1991", en Revista de Administración Pública, Nº 128, mayo-agosto 1992.

BAÑO LEÓN, José María, en La reforma del proceso contencioso-administrativo, **PÉREZ MORENO, Alfonso** (Coordinador), Editorial Aranzadi, Pamplona, 1995.

BARCELONA LLOP, Javier, *Ejecutividad, Ejecutoriedad y Ejecución Forzosa de los actos administrativos*, Universidad de Cantabria, Santander, 1995.

BARNÉS, Javier, "La tutela judicial efectiva en la GRUNDGESETZ (Art. 19. IV)", en La Justicia Administrativa en el Derecho Comparado, Javier Barnés Vázquez (Coordinador), Editorial Civitas, primera edición, 1993.

BARONA VILAR, Silvia, *Las medidas cautelares: Introducción*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993.

BASSOLS COMA, Martín, "La ejecución de sentencias condenatorias de la Administración pública en jurisdicciones distintas a la contenciosa administrativa", en Revista Documentación Administrativa, Nº 209.

BELTRÁN DE FELIPE, Miguel, *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Editorial Tecnos, Madrid, 1994.

El poder de sustitución en la ejecución de la sentencias condenatorias de la Administración, Editorial Civitas, primera edición, Madrid, 1995.

"Las exigencias constitucionales de una nueva concepción del contencioso-administrativo", en Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría, Editorial Civitas, Madrid, 1991.

BLASCO ESTEVE, Avelino, *La responsabilidad de la Administración por actos administrativos*, segunda edición, Editorial Civitas, 1985.

BORRAJO INIESTA, Ignacio, "Las facultades de los Tribunales para ejecutar sentencias contra las Administraciones Públicas", en Revista Española de Derecho Administrativo, Nº 53.

BREWER CARIAS, Allan, "Consideraciones sobre el Contencioso-Administrativo como derecho constitucional a la tutela judicial frente a la Administración", en Libro Homenaje al profesor Eduardo Ortiz Ortiz, Compilador: **Juan Carlos Castro Loría**, Colegio Santo Tomás de Aquino Universidad Autónoma de Centroamérica, primera edición, San José, 1994.

Principios del procedimiento administrativo, Editorial Civitas, primera edición, Madrid, 1990.

Estado de Derecho y Control Judicial, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1987.

CALAMANDREI, P. *Introduzione allo studio sistematico del provvedimenti cautelari*, Padora, 1936.

CALDERÓN CUADRADO, María Pía, *Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil*, Editorial Civitas, primera edición, 1992.

CALVO ROJAS, Eduardo, "Medidas cautelares en el proceso contencioso-administrativo. Medidas provisionalísimas y medidas cautelares positivas. Últimos avances en esta materia y algún exceso" en Revista española de Derecho Administrativo, Nº 83 julio-septiembre 1994.

CANCER LALANNE, Enrique, "La ejecución de sentencias" en Tribuna sobre La Reforma de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa dirigida por el Excmo. Sr. D. Jesús González Pérez, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, en colaboración con el Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1997.

CANE, Peter, *An introduction to administrative law*, Clarendon Press, Oxford, segunda edición, 1992.

CANO MATA, Antonio, "Reforma de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa: urgencia y criterios orientadores de la reforma", en Revista del Poder Judicial, número especial XV, 1989.

CAMPO CABAL, José Manuel, *Medidas cautelares en el contencioso administrativo*, Editorial Temis, Bogotá, 1989.

CASADO CASADO, Lucía, "El control de la discrecionalidad Administrativa en el Derecho Comunitario Europeo", en Revista Vasca de Administración Pública, Nº 44, volumen I, enero-abril, 1996.

CONCLUSIONES DEL SEMINARIO SOBRE LA REFORMA DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA, dirigido por el profesor **GARCÍA DE ENTERRÍA**, Palacio de la Magdalena, Santander, celebrado del 9 al 13 de septiembre de 1996.

CONSEJO DE ESTADO, Memoria del año 1995, Madrid, 1996.

CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1978.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA, Imprenta Nacional, San José, Costa Rica, 1993.

CORDÓN MORENO, Faustino, *El proceso Administrativo*, La Ley, Madrid, 1989.

La legitimación en el proceso contencioso-administrativo, ediciones Universidad de Navarra S.A., Pamplona, 1979.

CHINCHILLA MARÍN, Carmen, *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*, Editorial Civitas, Madrid, 1991.

La desviación de poder, Editorial Civitas, primera edición, 1989.

"El derecho a la tutela cautelar como garantía de la efectividad de las resoluciones judiciales", en Revista de Administración Pública, Nº 131, mayo-agosto 1993.

DE ASÍS ROIG, R., *Deberes y obligaciones en la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

DE LA OLIVA, Andrés, "Notas sobre la ejecución de sentencias en el proceso administrativo", en Revista Documentación Administrativa, Nº 159.

DE LA OLIVA, Andrés y FERNÁNDEZ, Miguel Ángel, *Derecho Procesal Civil I*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Cuarta edición, Madrid, 1975.

DEL SAZ, Silvia, "Desarrollo y crisis del Derecho Administrativo. Su reserva constitucional", en: Nuevas perspectivas del Derecho Administrativo. Tres estudios, UNED, Editorial Civitas, Madrid, 1992.

DELGADO BARRIO, Javier, "El principio de efectividad de la tutela judicial en la jurisprudencia contencioso-administrativa", en La protección jurídica del ciudadano. Estudios en homenaje al profesor Jesús González Pérez, Vol. II, Editorial Civitas, 1993.

"Reflexiones sobre el artículo 106.1 Constitución Española", en Libro Homenaje a Eduardo García de Enterría.

"Crisis de la Justicia: El proceso administrativo (Una regulación excelente y un resultado decepcionante)", en Crisis de la Justicia y Reformas Procesales, I Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1988.

DÍAZ JIMÉNEZ, María del Carmen, *Principios de Derecho Procesal Comunitario*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 1996.

DICCIONARIO DE LA REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, edición N° 21, 1992.

DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO DE DERECHO USUAL. Tomo VII, Décimo sexta edición, Editorial Heliasta S.R.L., Buenos Aires, Argentina, 1983.

Dictamen del Consejo de Estado al anteproyecto de Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 1995.

DROMI, José Roberto, *Constitución, Gobierno y Control*, Ediciones Ciudad Argentina, Argentina, 1983.

Derecho Administrativo, Ediciones Ciudad Argentina, cuarta edición actualizada, Buenos Aires, 1995.

ENDEMAÑO ARÓSTEGUI, José María, "Los actos administrativos presuntos", en Revista Vasca de Administración Pública N° 43, septiembre-diciembre 1995.

ENTRENA CUESTA, Rafael, "Las partes", en La Reforma del Proceso Contencioso-Administrativo, Pamplona, Editorial Aranzadi, 1995.

ESCOLA, Héctor Jorge, *El Interés Público como fundamento del Derecho Administrativo*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1989.

ESCUSOL BARRA, Eladio y RODRÍGUEZ-ZAPATA PÉREZ, Jorge, *Derecho Procesal Administrativo*, Editorial Tecnos, Madrid, 1995.

ESTEBAN DRAKE, Antonio, *El derecho público subjetivo como instrumentación técnica de las libertades públicas y el problema de la legitimación procesal*, Editorial Civitas, primera edición, Madrid, 1981.

FENOR DE LA MAZA Y CORNIDE-QUIROGA, Ángel, *Nuevas perspectivas en el Proceso Contencioso-Administrativo (Las Medidas Cautelares)*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1997.

FERNÁNDEZ, Miguel Ángel, *Lecciones de Derecho Procesal III, La ejecución forzosa, las medidas cautelares*, PPU, Barcelona, 1985.

FERNÁNDEZ FARRERES, Germán, *"La subvención: concepto y régimen jurídico"*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1983.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón, *Arbitrariedad y discrecionalidad*, Cuadernos Civitas, primera edición, Madrid, 1991.

"Juzgar a la Administración contribuye también a administrar mejor" en Revista española de Derecho Administrativo, Nº 76 octubre-diciembre 1992.

FERRET i JACAS, Joaquim, "El control jurisdiccional de la inactividad administrativa", en Revista Documentación Administrativa, Nº 208 abril-diciembre 1986.

FONT SERRA, Eduardo, "Las medidas cautelares como manifestación de la justicia preventiva", en El sistema de medidas cautelares, IX Reunión de Profesores de Derecho Procesal, Ediciones Universidad de Navarra S.A., Pamplona, 1974.

GABALDÓN LÓPEZ, José, *La defensa jurisdiccional del administrado frente a la inactividad de la Administración*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1987.

"La ejecución de las sentencias contencioso-administrativas", en Revista del Poder Judicial, número XV (especial), 1990.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, T. I, Editorial Civitas, octava edición, Madrid, 1993; T. II, Editorial Civitas, Madrid, cuarta edición, 1993, reimpresión 1994.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La batalla por las medidas cautelares. Derecho Comunitario, Europeo y proceso contencioso-administrativo español*, Editorial Civitas, segunda edición ampliada, 1995.

Hacia una nueva justicia administrativa, Editorial Civitas, segunda edición ampliada, 1992.

La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional, editorial Civitas, Madrid, 1981.

"Reflexión sobre la constitucionalización de las medidas cautelares en el contencioso-administrativo" en Revista española de Derecho Administrativo, Nº 76 octubre-diciembre 1992.

"La nueva doctrina del Tribunal Supremo sobre medidas cautelares: La recepción del principio del fumus boni iuris (Auto de 20 de diciembre de 1990 y su trascendencia general)", en

Revista española de Derecho Administrativo, Nº 69 enero-marzo 1991.

"La consolidación del nuevo criterio jurisprudencial de la «apariencia de buen derecho» para el otorgamiento de medidas cautelares. Silencio administrativo y apariencia de abuso de la ejecutividad", en Revista española de Derecho Administrativo, Nº 70 abril-junio 1991.

"Constitucionalización definitiva de las medidas cautelares contencioso-administrativas y ampliación del campo de aplicación (medidas positivas), y jurisdicción plenaria de los Tribunales Contencioso-Administrativos, no limitada al efecto revisor de actos previos. Dos Sentencias Constitucionales", en Revista española de Derecho Administrativo, Nº 79, 1993.

"Medidas cautelares positivas y disociadas en el tiempo: el Auto de 21 de marzo de 1991 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco", en Revista española de Derecho Administrativo, Nº 71 julio-septiembre 1991.

"La reacción del contencioso francés a la crisis del modelo: ejecución de sentencias y medidas cautelares positivas", en Revista española de Derecho Administrativo, Nº 60 octubre-diciembre 1988.

"Sobre los derechos públicos subjetivos", en Revista Española de Derecho Administrativo, Nº 6, julio-septiembre 1975.

"La lucha contra las inmunidades del poder, en el Derecho Administrativo (actos discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)", en Revista de Administración Pública Nº 38, mayo-agosto 1962.

GARCÍA PONS, Enrique, *Ejecución de sentencia (El derecho a la ejecución de sentencia como manifestación prestacional de contenido fundamental del derecho a la tutela judicial efectiva según la doctrina del Tribunal Constitucional)*, Editorial PPU, S.A. primera edición, 1995.

GARRIDO FALLA, Fernando, "El objeto del recurso contencioso-administrativo: actos impugnables y pretensiones", en Tribuna sobre La reforma de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, dirigida por **GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús**, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas en colaboración con el Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1997.

"Recurso contra la inactividad de la Administración", en La Reforma del Proceso Contencioso-administrativo, **PÉREZ MORENO, Alfonso** (Coordinador), Editorial Aranzadi, Universidad de Sevilla 10 y 11 de febrero de 1995.

"La vía de hecho y la inactividad de la Administración", en Anales de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Nº 26, Madrid, 1995.

"El concepto de Servicio Público en Derecho Español", en Revista de Administración Pública, Nº 135, septiembre-diciembre, 1994.

GARRIDO FALLA, Fernando y FERNÁNDEZ PASTRANA, José María, *Régimen Jurídico y Procedimiento de las Administraciones Públicas (Un estudio en la Ley 30/1992*, Editorial Civitas, segunda edición, Madrid, 1995.

GIANNINI, Massimo Severo, *Contenuto e limiti del giudizio di ottemperanza*, Giuffré, Milano, 1962.

GIL MARTÍN, Miguel, *Las medidas cautelares innominadas*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993.

GIMENO SENDRA, José Vicente, "Poder Judicial, Potestad Jurisdiccional y Legitimación de la Actividad Judicial", en Separata de la Revista de Derecho Procesal Iberoamericana, número II-III abril-septiembre 1978.

GIMENO SENDRA, Vicente, MORENO CATENA, Víctor, GARBERÍ LLOBREGAT, José y GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolás, *Curso de Derecho Procesal Administrativo*, Editorial tirant lo blanch, Valencia, 1994.

GIMENO SENDRA, Vicente, SABORÍO VALVERDE, Rodolfo, GARBERÍ LLOBREGAT, José y GONZÁLEZ-CUELLAR SERRANO, Nicolás, *Derecho Procesal Administrativo Costarricense*, Editorial Juricentro, San José, 1993.

GÓMEZ DE LIAÑO Y GONZÁLEZ, Fernando, "Notas sobre la Reforma del Proceso Contencioso-Administrativo", en Crisis de la Justicia y Reformas Procesales, I Congreso de Derecho Procesal de Castilla y León, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1988.

GÓMEZ-FERRER MORANT, Rafael, en La reforma del proceso contencioso-administrativo, **PÉREZ MORENO, Alfonso** (Coordinador),

Editorial Aranzadi, Universidad de Sevilla, 10 y 11 de febrero de 1995.

"El silencio administrativo desde la perspectiva constitucional", en Revista Documentación Administrativa, N° 208, abril-diciembre, 1986.

GÓMEZ PUENTE, Marcos, *La inactividad de la Administración*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1997.

La inactividad del legislador: una realidad susceptible de control, Editorial Mc Graw Hill, Madrid, 1997.

"Responsabilidad por inactividad de la Administración", en Revista Documentación Administrativa N° 237-238, enero-junio 1994.

GONZÁLEZ CANO, María Isabel, *La protección de los intereses legítimos en el proceso administrativo*, Editorial tirant lo blanch, Valencia, 1997.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *El derecho a la tutela jurisdiccional*, Editorial Civitas, Madrid, 1984.

Derecho Procesal Administrativo, Tomos I, y II, Editorial Civitas, Madrid, 1966.

La reforma de la legislación procesal administrativa, Cuadernos Civitas, editorial Civitas, primera edición, Madrid, 1992.

Estudios en Homenaje a Eduardo García de Enterría.

Manual de Derecho Procesal Administrativo, Editorial Civitas, segunda edición, T. I y T. II, Madrid, 1992.

Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, editorial Civitas, segunda edición, Madrid, 1994.

Derecho Procesal Constitucional, Editorial Civitas, Madrid, 1980.

Derecho Procesal Administrativo Mexicano, Editorial Porrúa, México, 1988.

Derecho Procesal Hispanoamericano, Editorial Temis, Bogotá, 1985.

"La reforma del proceso contencioso-administrativo", dirigido por **Alfonso Pérez Moreno**, Editorial Aranzadi, Universidad de Sevilla, 10 y 11 de febrero de 1995.

"La legitimación activa en el proceso administrativo", en Revista de Derecho Procesal, Nº 2, 1956.

"La Justicia Administrativa en Costa Rica" en Revista de Ciencias Jurídicas, San José, 1974.

"La suspensión de la suspensión del acto administrativo (Auto de 15 de julio de 1988)" en Revista Española de Derecho Administrativo, Nº 61 enero-marzo 1989.

"Nuevos sistemas de control de la Administración Pública", en Revista española de Derecho Administrativo, Nº 22, 1979.

"Los obstáculos del acceso a la Justicia Administrativa", en Revista española de Derecho Administrativo, Nº 83, julio-septiembre 1994.

"El control jurisdiccional de la inactividad de la Administración en el Proyecto de Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1997", en Revista española de Derecho Administrativo, Nº 97 enero-marzo 1998.

GONZÁLEZ RIVAS, Juan José, "Reforma de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa: urgencia y criterios orientadores de la reforma" en Revista del Poder Judicial, Número especial XV.

GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, Santiago, *Problemas procesales actuales de la jurisdicción contencioso-administrativa*, Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993.

La jurisdicción Contencioso-Administrativa en Alemania, Editorial Civitas, primera edición, Madrid, 1993.

"La reforma del contencioso-administrativo: el Anteproyecto de Ley reguladora del proceso contencioso-administrativo", en Revista del Poder Judicial, Nº 39.

"Las pretensiones en el proceso administrativo español y la pretensión prestacional", en Revista del Poder Judicial Nº 26, junio 1992.

GOTA LOSADA, Eduardo, "Reforma de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa: urgencia y criterios orientadores de la reforma", en Revista del Poder Judicial, número Especial XV.

GUASP DELGADO, Jaime, *Derecho Procesal Civil*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1977.

La pretensión procesal, Cuadernos Civitas, Editorial Civitas, segunda edición, Madrid, 1985.

Derecho procesal civil, Tomo I, IEP, Madrid, 1968.

GUILLÉN PÉREZ, María Eugenia, *El silencio administrativo (El control judicial de la inactividad administrativa)*, Editorial Colex, Madrid, 1996.

GUTIÉRREZ DE CABIEDES, Eduardo, "Elementos esenciales para un sistema de medidas cautelares", en El sistema de medidas cautelares, IX reunión de profesores de Derecho Procesal, Ediciones Universidad de Navarra S.A., Pamplona, 1974.

"Inejecución por la Administración Pública de condenas pecuniarias acordadas en sentencia firme judicial", Libro Homenaje Jaime Guasp, Editorial Comares, Granada, 1984.

HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public français*, Sirey, París, décima edición, 1921.

INFORME DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL al anteproyecto de 1995.

ISAAC, Guy, *Manual de Derecho Comunitario General*, Editorial Ariel, S.A., Barcelona, tercera edición, 1995.

JIMÉNEZ MEZA, Manrique, *La legitimación administrativa para la defensa de los intereses legítimos y los derechos subjetivos: un marco comparativo (procedimiento administrativo, tributario y contencioso-administrativo)*, San José, Litografía e Imprenta LIL, S.A., 1990.

JINETA LOBO, Ernesto, *La tutela cautelar atípica en el proceso contencioso-administrativo*, San José, 1995.

LADARIA CALDENTEY, Juan, *Legitimación y Apariencia Jurídica*, Editorial Bosch, Barcelona, 1952.

LÁNCIS Y SÁNCHEZ, Antonio, *Derecho Administrativo. La actividad administrativa y sus formas*, Cultural S.A., tercera edición, Cuba, 1952.

LEGUINA VILLA, Jesús, *La reforma de la ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa: Planteamiento General de la Reforma de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*, Institut d'Estudis Autònoms, Barcelona, 1995.

"Exposición de motivos" en La reforma del proceso contencioso-administrativo, **PÉREZ MORENO, Alfonso** (Coordinador), Editorial Aranzadi, Universidad de Sevilla, 10 y 11 de febrero de 1995.

"La reforma de la ley de la jurisdicción contencioso administrativa: planteamiento general", en Revista del Poder Judicial, Nº 39.

LEY DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA DE 1956.

LEY ORGÁNICA DEL PODER JUDICIAL.

LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL.

LEY DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL DE COSTA RICA, LEY NÚMERO 7135 DE 19 DE OCTUBRE DE 1989.

LEY 30/1992, RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN.

LEY REGULADORA DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA, Nº 3667 de 12 de enero de 1966 (Concordada y con citas clasificadas de jurisprudencia), recopilada por **VÍQUEZ CERDAS, Ana Cristina y BRENES ESQUIVEL, Ana Lorena.**

LIBARDO RODRÍGUEZ, R., *Derecho General y Colombiano*, Editorial Temis, octava edición, Santa Fe de Bogotá, 1995.

LINDE PANIAGUA, Enrique, "El carácter antiformalista de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa", en Revista española de Derecho Administrativo, Nº 17, abril-junio 1978.

LÓPEZ-FONT MÁRQUEZ, José Francisco, *Aspectos Procesales de la Tutela Jurisdiccional Contencioso-Administrativa de los Derechos Fundamentales*, Editorial Comares, Madrid, 1993.

- LÓPEZ MUÑIZ** en: *La reforma del Proceso Contencioso-Administrativo*, **PÉREZ MORENO, Alfonso** (Coordinador), Editorial Aranzadi, Pamplona, 1995.
- LÓPEZ RODÓ, Laureano**, "Las medidas cautelares en la jurisdicción contencioso-administrativa" en: Tribuna sobre La reforma de la jurisdicción contencioso-administrativa, dirigida por Jesús González Pérez, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Madrid, 1997.
- LORCA NAVARRETE, Antonio María**, *"Derecho Procesal Civil, Laboral y Contencioso Administrativo"*, Editorial Tecnos, España, 1987.
- LORENZO JIMÉNEZ, José Vicente**, *Reflexiones sobre el proceso contencioso-administrativo*, Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial, 1993.
- LUCERO ESPINOSA, Manuel**, *Teoría y práctica del Contencioso-Administrativo ante el Tribunal Fiscal de la Federación*, Editorial Porrúa, México, 1990.
- MAIRAL, Héctor A.** *Control Judicial de la Administración Pública*, Ediciones Depalma, Volumen I, Buenos Aires, 1984.
- MARIENHOFF, Miguel**, *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I, primera edición, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1970.
- MARTÍN CONTRERAS, Luis**, "Algunos apuntes sobre el proyecto de Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa", en Suplemento del Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi, año VII, Nº 314, de 23 de octubre de 1997.
- MARTÍN REBOLLO, Luis**, *Constitución, Derecho Administrativo y Estado Autonómico*, Asamblea Regional de Cantabria, Santander, 1990.
- El derecho Administrativo y las relaciones entre las Administraciones públicas y los ciudadanos*, Ediciones de la Universidad de Extremadura, Cáceres, 1984.
- "La Administración de garantías: vigencia y limitaciones", en Revista del Centro de Estudios Constitucionales, Nº 13, septiembre-diciembre, 1992.
- MARTÍN RETORTILLO, Cirilo**. *Las obligaciones mínimas de los Ayuntamientos*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1956.

MARTÍN RETORTILLO y BAQUER, Sebastián, *El reto de una Administración racionalizada*, Cuadernos Civitas, primera edición, Madrid, 1983.

MARTÍNEZ-VARAS GARCÍA, Santiago, "Eficacia, Discrecionalidad y conceptos jurídicos indeterminados", en Cuadernos de Derecho Judicial (eficacia, discrecionalidad y control judicial en el ámbito administrativo), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994.

MÉGRET, *Le droit de la Communauté Économique Européenne*, volumen 10, tomo I, Éditions de l'Université de Bruxelles, 1983.

MENEM, Carlos y DROMI, Roberto, *El Estado Hoy*, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1997.

MENÉNDEZ PÉREZ, Segundo, "El principio de eficacia de la función administrativa. Virtualidad práctica: estudio jurisprudencial", en Cuadernos de Derecho Judicial (eficacia, discrecionalidad y control judicial en el ámbito administrativo), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994.

MONTERO AROCA, Juan, "Naturaleza del proceso", en Derecho Jurisdiccional, volumen I (Parte General), Editorial Tirant lo blanch, séptima edición, Valencia, 1997.

MONTÓN REDONDO, Alberto, "La dinámica procedimental" en Derecho Jurisdiccional Volumen I (Parte General), Editorial Tirant lo blanch, séptima edición, Valencia, 1997.

MONTORO CHINER, María Jesús, "La ejecución de sentencias en el anteproyecto de Ley del proceso contencioso-administrativo", en Revista Documentación Jurídica, Nº 51, 1986.

MORELL OCAÑA, Luis, "La inactividad de la Administración: técnicas alternativas a la del silencio, ante la omisión administrativa de los standards de conducta previsto por la ley", en Revista Documentación Administrativa, Nº 208, abril-diciembre 1986.

MORÓN PALOMINO, Manuel, "Reflexiones acerca de la legitimación procesal activa", en Separata de Revista de Derecho Procesal Iberoamericana, número IV, octubre-diciembre, 1978.

MOVILLA, "Sistema político y jurisdicción contencioso-administrativa", en División de poderes e interpretación. Hacia una teoría de la praxis constitucional, Editorial Tecnos, Madrid, 1987.

MOZO SEOANE, Antonio, *La discrecionalidad de la Administración Pública en España* (análisis jurisprudencial, legislativo y doctrinal, 1894-1983), Editorial Montecorvo S.A., Madrid, 1985.

MUÑOZ GUILLERMO ANDRÉS, "La inactividad de la Administración", en Actualidad y perspectivas del Derecho Público a fines del S. XX, Tomo II, Editorial Complutense, Madrid, 1992.

MUÑOZ MACHADO, Santiago, "Nuevos planteamientos de la jurisprudencia sobre el carácter revisor de la Jurisdicción Contencioso Administrativa", en Revista Española de Derecho Administrativo, Nº 26, 1980.

"La reserva de jurisdicción y el problema del control jurisdiccional de la Administración", en Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría, Volumen III, Editorial Civitas, Madrid, 1991.

NIETO GARCÍA, Alejandro, *Estudios históricos sobre Administración y Derecho Administrativo*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1986.

"La vocación del Derecho Administrativo de nuestro tiempo", en Revista de Administración Pública, número 76, enero-abril 1975.

"La inactividad material de la Administración: veinticinco años después", en Revista Documentación Administrativa, Nº 208 abril-diciembre 1986.

"La discutible supervivencia del interés directo", en Revista española de Derecho Administrativo, Nº 12, enero-marzo 1977.

"La Administración sirve con objetividad los intereses generales", en Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje a Eduardo García de Enterría, Volumen III, Editorial Civitas, Madrid, 1991.

"La inactividad de la Administración y el Recurso Contencioso Administrativo", en Revista de Administración Pública, Nº 37, enero-abril, 1962. También apareció en la Revista Documentación Administrativa Nº 208, abril-diciembre 1986, INAP.

NUEVA ENCICLOPEDIA JURÍDICA, Tomo XIII, Editorial Francisco Seix, S.A., Barcelona, 1968.

ORTELLS RAMOS, Manuel, *Derecho Jurisdiccional*, Volumen II, Editorial Bosch, Barcelona, 1993.

ORTELLS RAMOS, Manuel y CALDERÓN CUADRADO, María Pía, *La tutela judicial cautelar en el Derecho español*, Editorial Comares, Granada, 1996.

ORTÍZ ORTÍZ, Eduardo, "Legalidad y Constitucionalidad en la Justicia Administrativa Costarricense", en Actualidad y perspectivas del Derecho Público a fines del Siglo XX, Tomo II, Editorial Complutense, Madrid, 1992.

PARADA VÁSQUEZ, Ramón, *Derecho Administrativo*, Parte General, T. I., cuarta edición, Editorial Marcial Pons, Madrid, 1992.

"Réplica a Nieto sobre el privilegio de decisión ejecutoria y el sistema contencioso-administrativo", en Revista de Administración Pública, Nº 59, mayo-agosto 1969.

PAREJO ALFONSO, Luciano, "Estudios sobre el gobierno", edición a cargo de Luciano Parejo Alfonso, Universidad Carlos III, Boletín oficial del Estado, Nº 14, Madrid, 1996.

Estado social y Administración Pública. Los postulados constitucionales de la reforma administrativa, Editorial Civitas, primera edición, Madrid, 1983.

La Administración y los jueces, Editorial jurídica venezolana y Pons, 1988.

Administrar y juzgar: dos funciones jurisdiccionales distintas y complementarias, Editorial Tecnos, Madrid, 1993.

"La tutela judicial cautelar en el orden contencioso-administrativo" en Revista española de Derecho Administrativo, Nº 49 enero-marzo 1986.

"Medidas cautelares" en: **PÉREZ MORENO, Alfonso** (coordinador), La reforma del proceso contencioso-administrativo, Editorial Aranzadi, Universidad de Sevilla, 10 y 11 de febrero de 1995.

Estudio preliminar a PARADA VÁSQUEZ, Ramón, "La reserva de jurisdicción y el problema del control jurisdiccional de la Administración", en Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje a Eduardo García de Enterría, Volumen II, Editorial Civitas, Madrid, 1991.

PASTOR BORGOÑÓN, Blanca y GINDERACHTER, Eric van, *El procedimiento de medidas cautelares ante el Tribunal de las comunidades europeas*, Editorial Civitas, Madrid, primera edición, 1993.

POSADA HERRERA, *Lecciones de Administración*, Instituto Nacional de Administración Pública", Madrid, segunda edición, 1988.

Proyectos de Ley de Reforma de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 30 de setiembre de 1995 y de 18 de junio de 1997.

QUINTANA LÓPEZ, Tomás, *El derecho de los vecinos a la prestación y establecimiento de los servicios públicos municipales*, Editorial Civitas, Madrid, 1987.

QUINTANA REDONDO, Carmelo, *Ejecución, suspensión e inejecución de sentencias en el orden contencioso administrativo*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1977.

RAMBAU, Patrick, "La justicia administrativa en Francia (I): Introducción, Organización, Medidas Cautelares", (Traducción de Eduardo Gamero Casado), en **BARNÉS VÁZQUEZ, Javier** (Coordinador), La Justicia Administrativa en el Derecho Comparado, Editorial Civitas, primera edición, 1993.

RIBERA RODRÍGUEZ, Teresa, "La defensa frente a la inactividad y la vía de hecho administrativas en el anteproyecto de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 16 de enero de 1995", en Actualidad Administrativa N° 28, 10-16 julio de 1995.

RÍOS ÁLVAREZ, Lautaro, "Los poderes discrecionales", en Revista de Administración Pública, N° 99, septiembre-diciembre 1982.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, "La Empresa Pública en el Estado Social y Democrático de Derecho", en Actualidad y perspectivas del Derecho Público a Fines del Siglo XX, Tomo 3, Editorial Complutense, Madrid, 1992.

RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María, "Otro embate contra el carácter revisor: el recurso contencioso-administrativo ante el incumplimiento por el Jurado Provincial de Expropiación de la obligación de fijar el justiprecio en plazo (STC 136/1995, de 25 de septiembre), en Revista de Administración Pública, enero-abril 1996.

SÁINZ DE ROBLES, Federico, "Reflexiones sobre el orden jurisdiccional contencioso-administrativo. La ejecución de sentencias", en Revista TAPIA, Nº 54, 1992.

SÁINZ MORENO, Fernando, *Conceptos Jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Monografías Civitas, Editorial Civitas, 1976.

SALA ARQUER, J. M., "Huida del Derecho Privado y huida del Derecho", en Revista Española de Derecho Administrativo, Nº 75, julio-septiembre 1992.

SÁNCHEZ ISAC, Jaime, *El interés directo en los derechos español y francés*, Estudios de Administración General, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1977.

SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, *El control de las Administraciones Públicas y sus problemas*, Editorial Tecnos, Madrid, 1994.

Discrecionalidad Administrativa y control judicial, Editorial Tecnos, Madrid, 1994.

"Siete tesis sobre el control judicial de la discrecionalidad administrativa", en Cuadernos de Derecho Judicial (Eficacia, Discrecionalidad y Control Judicial en el ámbito administrativo), Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1994.

SÁNCHEZ SUÁREZ, Rafael, *La Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (Reforma)*, Cuadernos de documentación Nº 14, Instituto Nacional de Prospectiva, Madrid, 1980.

SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, "El problema de los plazos en el recurso contencioso-administrativo. ¿Prescripción o caducidad?", en Revista de Administración Pública, Nº 58, enero-abril 1969.

SANTIAGO TAWIL, Guido, *Administración y Justicia. Alcance del control judicial de la actividad administrativa*, Tomo I, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1993.

SARMIENTO ACOSTA, Manuel J., "Nueva funcionalidad de las medidas cautelares en el contencioso español" en Revista de Administración Pública, Nº 129 septiembre-diciembre 1992.

Seminario sobre la Reforma de la Jurisdicción Contencioso-administrativo, 17 de mayo de 1995, Institut d' Estudis Autònòmics, Barcelona, 1995.

SILGUERO ESTAGNAN, Joaquín, *La tutela jurisdiccional de los intereses colectivos a través de la legitimación de los grupos*, Editorial Dykinson, Madrid, 1995.

SOLCHAGA LOITEGUI, Jesús, "La legitimación en el recurso de amparo"; en: El Tribunal Constitucional, doctrina recogida por **CANO MATA, Antonio**, "Reforma de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa: urgencia y criterios orientadores de la reforma"

SOMMERMANN, Karl-Peter, "La justicia administrativa alemana" (traducción de Javier Barnés), en: **BARNÉS VÁZQUEZ, Javier** (Coordinador), La Justicia Administrativa en el Derecho Comparado, Editorial Civitas, primera edición, Madrid, 1993.

SORIANO GARCÍA, J.E. "Hacia el control de la desviación de poder por omisión", en Revista de Derecho Administrativo, Nº 40-41.

TORNOS MAS, Joaquín, "La situación actual del proceso contencioso-administrativo", en Revista de Administración Pública, Nº 22 mayo-agosto, 1990. También se encuentra en Actualidad y perspectivas del Derecho Público a fines del Siglo XX, Tomo II, Editorial Complutense, Madrid, 1992.

"Suspensión cautelar en el proceso contencioso-administrativo y doctrina jurisprudencial (Comentario a los Autos de la Sala 4ª del Tribunal Supremo de 28, 29 y 30 de marzo y 4 de abril de 1988)", en Revista Española de Derecho Administrativo, Nº 61 enero-marzo 1989.

"Ámbito, extensión y límites de la jurisdicción contencioso-administrativa", en Revista del Poder Judicial, Nº 39.

TRUJILLO PEÑA, J. "La desviación de poder en relación con el recurso de apelación y el silencio administrativo", en Revista de Administración Pública, Nº 35, 1961.

VALLS GOMBAU, J. F., "Las medidas cautelares reguladas en las leyes especiales", en Las medidas cautelares, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993.

VÁZQUEZ IRUZUBIETA, Carlos, *Procedimiento Administrativo Común (Comentario a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común)*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1993.

VECINA CIFUENTES, Javier, *Las medidas cautelares en los procesos ante el Tribunal Constitucional*, Editorial Colex, Madrid, 1993.

VILLAGÓMEZ CEBRIAN, Alfonso, "Crisis y renovación en el contencioso administrativo español", en Revista del Poder Judicial, N° 36.

VÍQUEZ CERDAS, Ana Cristina y BRENES ESQUIVEL, Ana Lorena, *Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de la República de Costa Rica*, N° 3667 de 12 de enero de 1966 (Concordada y con citas de Jurisprudencia).

VIVANCÓS, Eduardo, *Las causas de inadmisibilidad del Recurso Contencioso-Administrativo*, Editorial Bosch, Barcelona, 1963.

ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, Volumen II, Giuffré, Milano, octava edición, 1958.